

Organizadores

Rafael Soares Duarte de Moura

Heitor Pagliaro

Larissa Junqueira Reis Bareato

DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA

DINÂMICAS NORMATIVAS CONTEMPORÂNEAS

Préfacio

Dr. Rafael Lara Martins

Organizadores

Rafael Soares Duarte de Moura

Heitor Pagliaro

Larissa Junqueira Reis Bareato

Direitos Humanos e Justiça: dinâmicas normativas contemporâneas explora as complexas interações entre os direitos humanos e a normatividade jurídica que moldam as sociedades atuais. A obra oferece uma análise crítica sobre como as normas de direitos humanos têm evoluído diante de desafios globais, como desigualdade, discriminação e a preservação da dignidade humana. Com uma abordagem interdisciplinar, o livro conecta as teorias de justiça com práticas jurídicas contemporâneas. Ao longo dos capítulos, são examinadas as tensões entre o respeito aos direitos humanos e a implementação efetiva de políticas públicas, oferecendo ao leitor um convite para refletir sobre o futuro da justiça em um mundo globalizado. É uma obra essencial para a advocacia e, em geral, para juristas que buscam compreender os mecanismos legais que compõem as relações institucionais e sociais contemporâneas.



doi 10.29327/5460071

ISBN 978-65-6006-152-1



9 786560 061521 >



Organizadoras
Raíza Soares Duarte de Moura
Kátia Regina
Larissa Jungueira Reis Barreto

DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA

DINÂMICAS NORMATIVAS CONTEMPORÂNEAS

Problema
Dr. Rafael Lara Martins

Editora: Expert Editora

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
CBL - Câmara Brasileira do Livro, São Paulo, Brasil.

MOURA Rafael Duarte Soares, BAREATO, Larissa Junqueira Reis ,
PAGLIARO, Heitor (ORGS.)

Direitos Humanos e Justiça: Dinâmicas Normativas Contemporâneas
/ Rafael Duarte Soares Moura, Larissa Junqueira Reis Bareato, Heitor
Pagliaro (Organizadores). – Belo Horizonte: Editora Expert, 2024.
192p

Inclui bibliografia e apêndices.

ISBN: 978-65-6006-152-1

DOI: 10.29327/5460071

Direitos humanos – Brasil. 2. Justiça – Brasil. 3. Mediação – Brasil. 4.

Autocomposição – Brasil. 5. Tecnologias emergentes e direito. I. Título.

CDD 342.7

Pedidos dessa obra:

Direitos humanos

342.7

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

A organização desta obra é fruto de uma parceria institucional entre a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Goiás, a Comissão de Direitos Humanos da OAB-GO, o Programa de Pós-Graduação em História da UNIMONTES e o Programa de Pós-Graduação em Ciências Policiais e Tecnologias Inovadoras da UNIMONTES e o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFG, com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais.





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola.
Superior de Desporto de Rio Maior, Escola.
Superior de Comunicação Social (Portugal),
The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad
Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG,
e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São
Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad
Tecnológica de México (UNITEC), Universidad
Del Valle de México (UVM) (México)

**Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da
Fonseca**
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade
Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo,
Universidad Sagrado Corazón (UNIFE),
Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

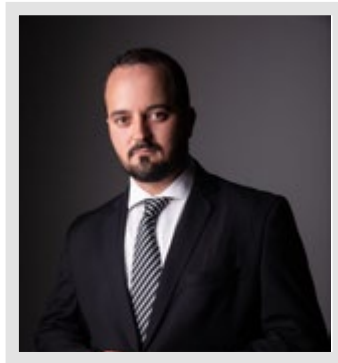
Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Uinhorizontes
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio
Júnior**
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de
Minas Gerais - UEMG



Rafael Duarte Soares Moura

Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás, doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e professor da Universidade Estadual de Montes Claros. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1104-491X>. Contato: rafael.moura@unimontes.br.



Heitor Pagliaro

Professor de Direito da UFG, onde é coordenador do mestrado e doutorado em Direitos Humanos. Doutor em Direito pela UnB, mestre em Filosofia pela UFG e bacharel em Direito pela UFG. Líder do grupo do CNPq Fundamentos Teóricos dos Direitos Humanos. Advogado no Brasil (OAB-GO 32571) e em Portugal (OA 67768L). Vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-GO. ORCID: 0000-0001-6431-930X. Contato: heitor@heitorpagliaro.com.



Larissa Junqueira Reis Bareato

Sócia do escritório Bareato Advogados e associados. Mestre e doutoranda em direito coletivo, cidadania e função social do direito pela UNAERP - Universidade de Ribeirão Preto/SP. Especialista em direito empresarial, direito contratual e planejamento sucessório empresarial (holding). Árbitra e Mediadora empresarial. Conselheira seccional da OAB/GO (nos anos de 2019/2021 e 2022/2024), Presidente da comissão de direitos humanos da OAB/GO e Diretora da comissão de direito empresarial do Conselho Federal da OAB. Professora na PUC-GO, em Pós-Graduações, MBA e palestrante.

PREFÁCIO

O livro *Direitos Humanos e Justiça: Dinâmicas Normativas Contemporâneas* reúne reflexões científicas instigantes sobre os caminhos para construir um sistema de justiça atento às dinâmicas sociais contemporâneas. Por meio de análises provocativas e inovadoras, a obra aborda questões centrais que desafiam a prática jurídica e a advocacia no Brasil, explorando temas como tecnologias emergentes, acesso à justiça, gestão de bens comuns e os limites éticos e estruturais do sistema jurídico. Além de fornecer uma base científica para compreender com maior profundidade o fenômeno jurídico, o livro adota uma abordagem propositiva, buscando impulsionar a cultura jurídica no Brasil, comprometida com valores democráticos e com a promoção de soluções práticas que aprimorem a advocacia, alicerçando-a em uma interpretação jurídica sólida e cientificamente fundamentada. Esta obra, portanto, consolida-se como leitura indispensável para advogados(as), juristas e gestores(as) públicos que desejam contribuir ativamente para a construção de um sistema de justiça mais alinhado às demandas de uma sociedade em constante transformação.

O capítulo *Tecnologias e Autocomposição: modelando o futuro da resolução de conflitos no Brasil* oferece uma análise inovadora sobre o impacto das ferramentas digitais na democratização do acesso à justiça. Explorando tecnologias como inteligência artificial, big data e plataformas de Resolução de Disputas Online (ODR), o texto destaca como essas inovações podem superar desafios históricos do sistema judiciário brasileiro, como a sobrecarga de processos e as desigualdades de acesso. A pesquisa apresenta uma abordagem crítica, considerando tanto os avanços proporcionados por essas tecnologias quanto os desafios éticos e estruturais, como a proteção de dados e a inclusão digital. Com uma visão abrangente, os autores argumentam que, embora as barreiras tecnológicas sejam significativas, a integração estratégica de soluções digitais na autocomposição tem o potencial de

promover um sistema de justiça mais inclusivo, eficiente e alinhado às necessidades da sociedade contemporânea.

Em *O Devido Processo Legal Substancial no Procedimento Escalonado do Tribunal do Júri: um referencial teórico para os standards probatórios*, o autor oferece uma análise crítica e aprofundada sobre os critérios probatórios aplicados no tribunal do júri, destacando a relevância do devido processo legal substancial no contexto brasileiro. O texto explora o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 1.067.392/CE, que estabelece limites claros para o uso do princípio *in dubio pro societate* em decisões de impronúncia. Com uma abordagem teórica e prática, o autor discute os desafios e avanços na definição de *standards* probatórios que assegurem um equilíbrio entre o direito de defesa e o interesse público, promovendo um sistema de justiça mais justo e democrático.

A *Seletividade Penal das Trans: reflexões acerca da abordagem policial à condenação judicial* aborda de maneira crítica e inovadora as múltiplas formas de violência e exclusão enfrentadas por mulheres transexuais e travestis no sistema penal brasileiro. Partindo de uma análise histórica da criminalização da transgeneridade, o texto expõe como a identidade de gênero, em interseção com fatores como raça e classe social, impulsiona práticas de seletividade penal que se manifestam desde a abordagem policial até a condenação judicial. Ao destacar questões como o hiperpoliciamento, a ausência de investigações eficientes quando as trans são vítimas e a criminalização associada à prostituição, o capítulo oferece uma reflexão densa sobre os mecanismos estruturais de exclusão e controle. Com base em um referencial teórico fundamentado em autores como Foucault e Don Kulick, a pesquisa aponta a urgência de políticas públicas e reformas no sistema de justiça para romper com essa lógica discriminatória e assegurar direitos fundamentais a essa população marginalizada.

O capítulo *Mediação Institucionalizada de Conflitos: caminho para um poder judiciário democrático?* apresenta uma análise crítica sobre a implementação da mediação judicial como política pública no Brasil, com foco na cidade de Curitiba e nos Centros Judiciários de

Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). A partir de uma pesquisa empírica e bibliográfica, o texto revela que, embora a mediação seja promovida como um mecanismo democratizante, sua execução reflete características burocráticas que mantêm a centralidade do poder judicial, comprometendo a autonomia e a deliberação das partes. O estudo aponta, ainda, para uma confusão conceitual recorrente entre mediação e conciliação, reforçando a ideia de que a prática atual está mais alinhada a um modelo racional-legal do que a uma verdadeira democratização do acesso à justiça. A análise lança luz sobre os desafios estruturais para a construção de um judiciário mais dialógico e participativo.

A autora de *Arqueologia do Jusnaturalismo: do mundo antigo ao moderno, da cosmologia à crítica contemporânea* realiza uma profunda investigação histórica e filosófica do conceito de jusnaturalismo, explorando sua evolução desde as origens cosmológicas na Antiguidade até sua transformação nos debates contemporâneos. A pesquisa aborda diferentes etapas dessa trajetória, incluindo sua consolidação no pensamento medieval, seu embotamento nas codificações modernas e seu renascimento no pós-guerra como crítica aos regimes totalitários. A partir de autores como Aristóteles, Fuller e Hart, o texto oferece uma análise crítica das tensões entre direito natural e direito positivo, destacando como o jusnaturalismo permanece uma narrativa contestatória essencial frente aos desafios da justiça e da moralidade no direito atual.

O capítulo *Desjudicialização do Direito Sucessório: a autocomposição como ferramenta preventiva de litígios entre herdeiros* examina as potencialidades da autocomposição no contexto do direito sucessório, propondo-a como alternativa à sobrecarga do sistema judicial brasileiro. A análise destaca como métodos autocompositivos, como mediação e conciliação, oferecem caminhos mais céleres, econômicos e eficazes para a resolução de inventários e partilhas, promovendo a paz social e a preservação de laços familiares. O texto também aborda os desafios impostos pela cultura da sentença e pela resistência à adoção de práticas extrajudiciais, defendendo que a ampliação do acesso à

justiça passa pela valorização desses métodos. Por fim, os autores sublinham a importância da atuação qualificada de operadores do direito na promoção de soluções consensuais, garantindo segurança jurídica e efetivação dos direitos fundamentais.

O capítulo *Por uma Justiça Periférica: Uma análise do monopólio da justiça pelo Estado e os impactos no desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil* apresenta uma crítica contundente à centralização da Justiça Restaurativa nos tribunais, destacando os desafios e limitações impostos pela lógica do contraditório vigente no sistema jurídico brasileiro. A pesquisa defende que o pleno desenvolvimento da justiça restaurativa depende de sua implementação nas periferias, por meio de associações comunitárias capacitadas, capazes de lidar com conflitos locais de forma autônoma e inclusiva. Por meio de uma análise teórica e empírica, o texto argumenta que apenas a descentralização dessa prática permitirá que a justiça restaurativa cumpra seu propósito de empoderar comunidades marginalizadas, promovendo a restauração de relações e a democratização do acesso à justiça.

No capítulo intitulado *O Interesse Geral na Gestão dos Bens Comuns*, a autora analisa de maneira crítica a administração compartilhada dos bens comuns como um paradigma emergente de governança pública, enfatizando sua base no princípio da subsidiariedade horizontal, consagrado na Constituição Italiana. Por meio de uma abordagem interdisciplinar e comparativa, o texto destaca como os pactos de colaboração têm promovido a participação cidadã e a articulação de múltiplos atores, como governos locais, associações e grupos informais, em torno do interesse geral. A pesquisa reflete ainda sobre as tensões entre interesses privados, públicos e coletivos, questionando os limites e possibilidades dessa prática para transformar a relação entre sociedade civil e Estado. O estudo sugere que a democratização da gestão dos bens comuns depende de uma redefinição contínua do interesse geral, em processos abertos, colaborativos e inclusivos.

O último capítulo, intitulado *Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro: Análise Hermenêutica, Impactos da Dissonância Cognitiva e Limites do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*, apresenta

uma análise crítica e inovadora sobre o juiz das garantias, essencial para a modernização do processo penal brasileiro e alinhamento com os princípios acusatórios. A partir de sólidos fundamentos teóricos e metodológicos, a pesquisa explora as tensões entre a intenção legislativa e o ativismo judicial do STF ao reinterpretar dispositivos-chave do instituto. O capítulo destaca a importância do modelo para proteger a imparcialidade judicial e superar vieses cognitivos, contribuindo significativamente para o debate sobre limites hermenêuticos e efetividade das garantias constitucionais.

Assim, *Direitos Humanos e Justiça: dinâmicas normativas contemporâneas* reafirma o papel da advocacia como força motriz na evolução e transformação do sistema jurídico brasileiro. Ao propor, ao mesmo tempo, discussões sobre questões tradicionais da cultura jurídica e reflexões críticas sobre práticas inovadoras, o livro oferece subsídios valiosos para que advogados(as) e juristas, em geral, construam argumentações jurídicas sólidas e engajadas com os desafios contemporâneos do sistema de justiça.

Dr. Rafael Lara Martins

AUTOR DO PREFÁCIO



Rafael Lara Martins

Advogado, sócio do Lara Martins Advogados. Presidente da OAB-GO. Doutor em Direitos Humanos (UFG). Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2019-2021) pela Seccional Goiás. Vice - Presidente da Comissão Especial de Estudos Permanentes Sobre o Compliance, do Conselho Federal (2019-2021). Conselheiro Seccional da OAB-GO (2013-2015 e 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB-GO (2016-2018 e 2019-2021). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (2012-2013 e 2014-2015). Palestrante e Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho em cursos e pós-graduações.

rafael.lara@oabgo.org.br

SUMÁRIO

Tecnologias e Autocomposição: Modelando o Futuro da Resolução de Conflitos no Brasil.....	19
<i>Vitória Dreide Xavier Araújo Silva, Marajane de Alencar Loyola, Rafael Soares Duarte de Moura</i>	
O Devido Processo Legal Substancial no Procedimento Escalonado do Tribunal do Júri: Um Referencial Teórico Para os Standards Probatórios	41
<i>José César Naves de Lima Júnior</i>	
A Seletividade Penal das Trans: Reflexões Acerca da Abordagem Policial À Condenação Judicial.....	71
<i>Pedro Ferreira</i>	
Mediação institucionalizada de conflitos: caminho para um poder judiciário democrático?	97
<i>Andréa Abrahão Costa</i>	
Arqueologia do Jusnaturalismo: Do Mundo Antigo ao Moderno, da Cosmologia à Crítica Contemporânea	119
<i>Eva Cristina Franco Rosa dos Santos</i>	
Desjudicialização do Direito Sucessório: A Autocomposição Como Ferramenta Preventiva de Litígios Entre Herdeiros	141
<i>Rodrigo Dantas Dias, Ana Cláudia de Brito Barbosa, Lóren Juliane Silva</i>	
Por uma Justiça Periférica: Uma Análise do Monopólio da Justiça Pelo Estado e os Impactos no Desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil.....	161
<i>Alexandra da Silva Joinhas</i>	

O Interesse Geral no Cuidado dos Bens Comuns179

Daniela Ciaffi, Tradutor: Heitor Pagliaro

Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro: Análise
Hermenêutica, Impactos da Dissonância Cognitiva e Limites do
Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.....215

Rafael Gonçalves da Silva, Rafael Duarte Soares Moura, Heitor Pagliaro

TECNOLOGIAS E AUTOCOMPOSIÇÃO: MODELANDO O FUTURO DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Vitória Dreide Xavier Araújo Silva¹

Marajane de Alencar Loyola²

Rafael Soares Duarte de Moura³

Resumo: O presente artigo examina o impacto das inovações tecnológicas na autocomposição de conflitos no Brasil, com ênfase no uso de inteligência artificial, big data e plataformas de Resolução de Disputas Online (ODR). Diante da sobrecarga do sistema judiciário e das profundas desigualdades socioeconômicas, o estudo aborda como essas tecnologias podem promover um acesso mais democrático à justiça. A metodologia inclui revisão bibliográfica com foco nas barreiras impostas pela desigualdade digital e na preservação da autonomia das partes no processo decisório. O artigo também discute as questões éticas relacionadas à privacidade e à segurança de dados, propondo uma reflexão sobre a integração dessas tecnologias no sistema de justiça brasileiro.

Palavras-chave: Revolução tecnológica, resolução de disputas online, inteligência artificial.

Abstract: The present article examines the impact of technological innovations on conflict resolution in Brazil, with an emphasis on the use of artificial intelligence, big data, and Online Dispute Resolution (ODR) platforms. In light of the judiciary's overload and deep socio-economic inequalities, the study addresses how these technologies can promote more democratic access to justice. The

1 Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Social
E-mail: dreidevitoria@gmail.com

2 Mestre em Biotecnologia aplicada à Saúde
E-mail: marajaneloyola@gmail.com

3 Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás
E-mail: rafael.moura@unimontes.br.

methodology includes a literature review focused on the barriers imposed by digital inequality and the preservation of party autonomy in the decision-making process. The article also discusses ethical issues related to data privacy and security, proposing a reflection on the integration of these technologies into the Brazilian justice system.

Keywords: technological revolution, online dispute resolution, artificial intelligence.

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica que tem transformado a sociedade contemporânea também alcançou o campo jurídico, oferecendo novas perspectivas para a resolução de conflitos. A digitalização e a incorporação de ferramentas tecnológicas, como a inteligência artificial (IA), o big data e as plataformas de Resolução de Disputas Online (ODR, na sigla em inglês), têm o potencial de remodelar a forma como conflitos são solucionados, especialmente no contexto da autocomposição, que privilegia o diálogo e o consenso entre as partes envolvidas. No Brasil, um país de dimensões continentais e marcantes desigualdades socioeconômicas, essas inovações se mostram especialmente relevantes, considerando os desafios enfrentados pelo sistema de justiça, como a sobrecarga de processos e o acesso desigual aos serviços judiciais.

A autocomposição, um método que promove a participação ativa das partes na solução de seus próprios conflitos, tem sido amplamente defendida como uma alternativa mais célere, menos onerosa e menos formalista em comparação aos processos judiciais tradicionais. A adoção de inovações tecnológicas pode intensificar essas vantagens, proporcionando um acesso mais democrático e inclusivo à justiça. Ferramentas como plataformas digitais de mediação e conciliação, sistemas baseados em IA para análise de dados e previsão de soluções, além de videoconferências para realização de sessões de mediação

online, já estão em funcionamento em diversas partes do mundo, demonstrando o potencial de transformação desse campo.

Contudo, a implementação de tecnologias na autocomposição no Brasil enfrenta desafios substanciais. O país ainda sofre com desigualdades estruturais, onde uma parte significativa da população enfrenta dificuldades no acesso à internet e à infraestrutura tecnológica necessária para utilizar essas ferramentas. Além disso, a cultura do litígio, historicamente arraigada no sistema jurídico brasileiro, representa um obstáculo cultural que precisa ser superado para que a autocomposição mediada por tecnologias seja amplamente adotada. A transição para um modelo de resolução de disputas mais colaborativo e digitalizado exige não apenas investimentos em tecnologia, mas também em políticas públicas que promovam a inclusão digital, a capacitação dos operadores do direito e uma mudança de mentalidade em relação à resolução consensual de conflitos.

A justificativa deste estudo está enraizada na necessidade urgente de repensar o sistema de resolução de conflitos no Brasil. A sobrecarga do judiciário, que lida com milhões de processos a cada ano, demonstra a necessidade de soluções mais ágeis e eficientes. Nesse sentido, o uso de tecnologias na autocomposição pode ser uma resposta para aliviar essa pressão, democratizar o acesso à justiça e reduzir os custos processuais. O estudo visa contribuir para o entendimento de como as inovações tecnológicas podem não apenas aprimorar os métodos de autocomposição, mas também promover maior equidade no acesso à justiça, especialmente em um país marcado por desigualdades regionais e socioeconômicas.

A problematização central deste estudo se estrutura na seguinte questão: como a incorporação de inovações tecnológicas na autocomposição pode contribuir para a democratização do acesso à justiça no Brasil, garantindo ao mesmo tempo a privacidade, a segurança dos dados e a preservação da autonomia das partes envolvidas no processo decisório? Esse problema é relevante, pois além dos desafios tecnológicos e logísticos, é necessário abordar as implicações éticas e legais da adoção dessas tecnologias, especialmente no que diz respeito

à proteção de dados pessoais, à equidade no acesso às plataformas de ODR e à desumanização do processo decisório.

O objetivo geral desta pesquisa é explorar o impacto das inovações tecnológicas na autocomposição de conflitos no Brasil, avaliando seus desafios, oportunidades e as transformações necessárias para que essas tecnologias possam ser efetivamente integradas ao sistema jurídico. Entre os objetivos específicos, destacam-se: (i) analisar o papel da inteligência artificial na preservação da autonomia das partes; (ii) investigar como o uso de big data e algoritmos pode influenciar as decisões de autocomposição; (iii) identificar os obstáculos e oportunidades relacionados à desigualdade digital no acesso a plataformas de ODR; e (iv) discutir as questões de privacidade e segurança de dados na implementação dessas tecnologias.

Para alcançar esses objetivos, este estudo adotará uma abordagem qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise de estudos de caso. A revisão bibliográfica abrangerá obras teóricas e relatórios práticos sobre o uso de tecnologias no sistema de justiça, tanto no Brasil quanto em outros países. Serão examinados estudos sobre plataformas de ODR já implementadas em diversas jurisdições, além de pesquisas sobre o impacto da IA e do big data na tomada de decisões judiciais e mediadas. A análise de estudos de caso permitirá uma compreensão prática dos desafios e benefícios da aplicação dessas inovações no contexto brasileiro, com especial foco nas disparidades regionais e sociais.

Este artigo será estruturado em cinco seções principais, além desta introdução. A primeira seção discutirá a Inteligência Artificial e a Autonomia das Partes, abordando os impactos da IA na preservação da autonomia e participação ativa das partes no processo de resolução de conflitos. A segunda seção tratará da Influência dos Dados e Algoritmos nos Processos Decisórios, analisando o papel do big data e da análise preditiva na definição de soluções consensuais. A terceira seção discutirá a Desigualdade Digital e o Desafio do Acesso, explorando as barreiras impostas pela falta de infraestrutura e capacitação digital em diversas regiões do Brasil. Na quarta seção, serão examinadas as

Soluções de ODR para Regiões Remotas, destacando o potencial dessas plataformas para ampliar o acesso à justiça em áreas geograficamente isoladas. A quinta seção abordará as questões de Privacidade, Segurança de Dados e Ética, debatendo as implicações legais e morais da utilização de dados pessoais nas plataformas de autocomposição, assim como o risco de desumanização do processo decisório.

Ao final deste estudo, espera-se demonstrar que, apesar dos desafios significativos, a integração de tecnologias na autocomposição de conflitos no Brasil tem o potencial de transformar positivamente o sistema de justiça, tornando-o mais inclusivo, acessível e eficiente. Contudo, para que essa transformação ocorra de forma eficaz, é imprescindível que sejam implementadas políticas que garantam a equidade digital, a proteção dos direitos fundamentais e a valorização da autonomia das partes.

A DIGITALIZAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

A crescente digitalização da sociedade moderna tem impactado profundamente diversas áreas, inclusive o campo da resolução de conflitos. No contexto brasileiro, essa evolução tecnológica oferece uma oportunidade única para repensar e remodelar os métodos tradicionais de resolução de disputas. A autocomposição, caracterizada pela busca de soluções consensuais pelos próprios envolvidos, emerge como uma alternativa promissora, especialmente quando aliada às inovações tecnológicas.

Diversos autores e estudiosos apontam que a digitalização das interações sociais e econômicas impulsiona o uso de ferramentas tecnológicas na mediação e conciliação, o que pode democratizar e agilizar esses processos (Susskind, 2019; Katsh & Rabinovich-Einy, 2017). Nesse sentido, as plataformas digitais, tanto públicas quanto privadas, têm desempenhado um papel fundamental na facilitação de autocomposição em áreas como a justiça trabalhista, consumo

e até mesmo conflitos familiares, oferecendo maior celeridade e economicidade.

No entanto, é necessário destacar que ainda há avanços necessários para que a implementação dessa tecnologia abranja toda a sociedade brasileira, uma vez que o acesso à tecnologia e à internet ainda não é equitativo. Em 2023, houve um aumento significativo no uso da internet no Brasil, alcançando 84% da população, o que corresponde a aproximadamente 156 milhões de pessoas. Observa-se uma disparidade no acesso entre diferentes classes socioeconômicas: 97% dos indivíduos de maior renda utilizam a internet, enquanto entre os de menor renda esse percentual é de 69%. Ademais, 16% dos lares brasileiros compartilharam sua conexão de internet com vizinhos no mesmo ano. Esses dados são provenientes da pesquisa TIC Domicílios 2023, realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) (Silva, Otávio, 2023).

A integração de plataformas digitais de resolução de conflitos requer, portanto, políticas públicas que garantam a equidade digital, de modo a evitar a exclusão daqueles que já enfrentam barreiras no acesso à justiça convencional (Paiva, 2022). Além disso, questões relacionadas à privacidade e à proteção de dados dos envolvidos nos processos de autocomposição digital tornam-se centrais, principalmente após a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, que impõe desafios regulatórios e operacionais para essas plataformas (Siqueira, 2020).

Outro aspecto crucial reside na capacitação dos mediadores e conciliadores. A adoção de tecnologias no processo de autocomposição exige um treinamento especializado para que os profissionais da área jurídica estejam aptos a utilizar ferramentas digitais de maneira eficaz. Estudos apontam que a formação continuada desses profissionais é fundamental para que possam atuar de forma adequada em um ambiente digital, respeitando os princípios éticos e legais que regem a mediação e conciliação (Wald, 2021).

Dessa forma, esta fundamentação teórica busca explorar os fundamentos que sustentam a integração das tecnologias na autocomposição de conflitos, delineando seu potencial para moldar o futuro da resolução de disputas no Brasil. É também fundamental que o processo de digitalização seja inclusivo e atenda às necessidades de todos os setores da sociedade, promovendo uma justiça mais acessível, eficiente e adaptada às demandas contemporâneas. Além dos avanços tecnológicos, o sucesso da autocomposição também depende de uma mudança cultural que valorize a resolução consensual de disputas. A cultura do litígio ainda é prevalente em muitos setores da sociedade brasileira, e a transição para métodos consensuais, especialmente mediados por tecnologias, requer uma conscientização maior sobre os benefícios desse modelo (Pereira, 2021).

Portanto, o desenvolvimento de uma cultura de autocomposição mediada por tecnologia deve ser acompanhado por investimentos na inclusão digital, capacitação profissional e mudanças estruturais nas práticas jurídicas brasileiras. Somente assim será possível consolidar um modelo de resolução de conflitos que, além de mais eficiente, seja inclusivo e acessível para todos os cidadãos. O papel do Estado, das instituições judiciais e dos próprios mediadores é essencial nesse processo de transformação, assegurando que as inovações tecnológicas sirvam ao propósito maior de ampliar o acesso à justiça e reduzir as desigualdades no sistema jurídico nacional.

EXPANSÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO COM O USO DE IA E PLATAFORMAS DIGITAIS

A integração da inteligência artificial (IA) e plataformas online na autocomposição representa uma mudança paradigmática no cenário de resolução de conflitos. A prática de autocomposição, que historicamente dependia do contato físico entre as partes e a mediação de profissionais qualificados, agora se adapta às novas exigências da sociedade digital. Esta transformação não só facilita o processo, mas

também o torna mais acessível para um número maior de pessoas, eliminando a necessidade de deslocamento físico, reduzindo os custos e acelerando a resolução de disputas (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017).

Um ponto relevante a ser observado é que a autocomposição tradicionalmente coloca grande ênfase na participação ativa das partes envolvidas, de modo a garantir que elas tenham voz no processo de decisão. O envolvimento direto na criação de soluções mutuamente benéficas fortalece o princípio da autonomia das partes. No entanto, à medida que as tecnologias digitais, como a IA, assumem um papel mais proeminente, surgem debates sobre até que ponto a autonomia das partes é preservada quando se utiliza uma ferramenta algorítmica para sugerir ou até tomar decisões (Katsh; Rule, 2016).

As ferramentas de IA, baseadas em aprendizado de máquina e big data, são programadas para aprender e melhorar continuamente, utilizando padrões e análises preditivas para fornecer soluções de resolução de conflitos. O grande diferencial dessas plataformas está na capacidade de analisar rapidamente um vasto número de dados, incluindo o histórico de disputas semelhantes e preferências de usuários. Essa capacidade algorítmica permite identificar padrões recorrentes e prever resultados potenciais de um caso específico (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017). Contudo, embora isso traga uma eficiência sem precedentes para os processos de autocomposição, também pode gerar uma nova série de desafios éticos e jurídicos.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A AUTONOMIA DAS PARTES

A utilização da IA na autocomposição suscita debates complexos sobre a preservação da autonomia das partes. Uma das críticas frequentemente levantadas refere-se à possibilidade de que as soluções propostas pelos algoritmos possam ser aceitas de maneira automática pelas partes, sem o devido escrutínio humano, ou que as partes, em razão da confiança excessiva no sistema, acabem aceitando uma solução que, em outro contexto, questionariam (Susskind, 2019).

Nesse sentido, a IA pode, inadvertidamente, reduzir a participação ativa das partes ao fornecer soluções predefinidas ou altamente sugestivas. O dilema, portanto, não é apenas técnico, mas também ético, e envolve questões sobre até que ponto a IA deve interferir em processos que tradicionalmente requerem um julgamento humano mais subjetivo, como a mediação e a conciliação, que lidam com aspectos emocionais e contextuais dos conflitos (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017).

Por outro lado, há defensores do uso da IA no sentido de que ela pode mitigar o viés humano, proporcionando um ambiente mais neutro, transparente e equitativo. Isso é especialmente relevante em sistemas judiciais em que a parcialidade, o preconceito ou a fadiga decisória podem influenciar as decisões de juízes e mediadores. A imparcialidade dos algoritmos pode, portanto, trazer um grau de justiça maior para as partes, desde que os sistemas sejam projetados e monitorados adequadamente para evitar qualquer tipo de discriminação ou erro algorítmico (Cueva, 2021).

A utilização da inteligência artificial na autocomposição apresenta um duplo desafio: ao mesmo tempo em que oferece a promessa de maior eficiência, transparência e neutralidade, também coloca em risco a autonomia das partes envolvidas. A aceitação automática de soluções sugeridas por algoritmos sem o devido questionamento pode comprometer a natureza colaborativa e consensual do processo de resolução de conflitos.

Por isso, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a intervenção tecnológica e o julgamento humano, garantindo que a IA atue como uma ferramenta de apoio e não como substituta do raciocínio subjetivo necessário em contextos complexos e emocionalmente sensíveis. O futuro da autocomposição mediada por IA dependerá da capacidade de desenvolver sistemas que protejam a autonomia das partes, ao mesmo tempo que preservem a equidade e a justiça no processo.

A INFLUÊNCIA DOS DADOS E ALGORITMOS NOS PROCESSOS DECISÓRIOS

O uso de dados massivos (big data) e algoritmos nos processos decisórios tem potencial para transformar radicalmente a forma como os conflitos são resolvidos. A análise preditiva, que utiliza dados históricos para prever o resultado de disputas semelhantes, não apenas agiliza a resolução de conflitos, mas também pode aumentar a previsibilidade dos processos, algo que é muito desejado em ambientes jurídicos (Katsh; Rule, 2016).

Entretanto, a utilização de grandes volumes de dados também levanta questões sobre a governança desses dados. A coleta, armazenamento e uso desses dados devem estar em conformidade com marcos legais como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, que regula como os dados pessoais podem ser utilizados. A implementação de ferramentas digitais na autocomposição deve, portanto, estar alinhada com políticas de privacidade robustas, garantindo que os dados sensíveis das partes envolvidas sejam protegidos de maneira adequada (Brasil, 2019). Além disso, deve-se assegurar que os algoritmos utilizados sejam justos e transparentes, prevenindo a introdução de vieses nos resultados, que possam, por exemplo, favorecer uma parte sobre a outra com base em características discriminatórias (CETIC.br, 2023).

As plataformas de ODR operam em um ambiente de decisões algorítmicas que devem ser auditáveis e transparentes para que as partes compreendam como as decisões são tomadas. A “caixa preta” dos algoritmos, onde as partes não têm acesso aos critérios de decisão, pode gerar desconfiança, tornando essencial a necessidade de explicabilidade nas decisões, ou seja, os usuários precisam entender o raciocínio do algoritmo (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017). Esta questão de transparência é cada vez mais importante à medida que as plataformas ODR se expandem para diferentes setores.

O uso de big data e algoritmos nos processos decisórios apresenta um avanço significativo na eficiência e previsibilidade da resolução

de conflitos. No entanto, essa transformação vem acompanhada de desafios cruciais relacionados à governança de dados e à transparência dos sistemas utilizados. A conformidade com marcos regulatórios como a LGPD e a necessidade de garantir a justiça e a equidade nos processos algorítmicos são imperativas para evitar a introdução de vieses e preservar a confiança das partes envolvidas.

A “caixa preta” dos algoritmos, que esconde os critérios de decisão, deve ser combatida com a implementação de mecanismos de explicabilidade e auditoria. Somente assim será possível equilibrar o potencial transformador das tecnologias com a preservação dos princípios fundamentais de justiça e transparência no contexto jurídico.

DESIGUALDADE DIGITAL E O DESAFIO DO ACESSO

Um dos principais desafios na implementação da resolução de conflitos por meio de plataformas online é a desigualdade no acesso à tecnologia. Apesar do crescimento exponencial do uso da internet no Brasil, conforme destaca a Pesquisa TIC Domicílios 2023 (CETIC.br, 2023), as disparidades no acesso à internet e à tecnologia permanecem significativas, especialmente entre diferentes classes socioeconômicas e regiões geográficas.

De acordo com os dados mais recentes, cerca de 69% das pessoas de baixa renda têm acesso à internet no Brasil, em contraste com 97% entre as pessoas de renda mais alta. Essa diferença cria uma barreira estrutural no acesso à justiça para parcelas significativas da população, que podem não ter os recursos ou a infraestrutura necessária para participar de plataformas de ODR ou utilizar ferramentas tecnológicas de autocomposição (CETIC.br, 2023). Em um país com grandes desigualdades, o desafio é garantir que a adoção dessas tecnologias não crie uma nova forma de exclusão digital, onde apenas os mais privilegiados possam acessar as ferramentas modernas de resolução de conflitos.

Além das disparidades socioeconômicas, a desigualdade digital também se manifesta em questões relacionadas à literacia digital. Não basta apenas que a internet esteja disponível; as pessoas precisam ser capacitadas para utilizar essas ferramentas de maneira eficaz. As plataformas de ODR devem ser intuitivas e acessíveis para garantir que os usuários de todos os níveis educacionais e de competência tecnológica possam participar dos processos de resolução de conflitos de forma equitativa (KATSH; RULE, 2016).

A desigualdade digital representa um obstáculo significativo à democratização do acesso às plataformas de resolução de conflitos online. Embora o uso da internet tenha crescido substancialmente no Brasil, as disparidades entre as classes sociais e regiões geográficas permanecem uma barreira crítica para que todos possam participar de maneira equitativa dos processos de autocomposição digital. A falta de acesso à internet entre as populações de baixa renda, combinada com a baixa literacia digital, impede que uma parte significativa da sociedade usufrua dos benefícios dessas inovações tecnológicas. Para que a ODR cumpra seu papel de ampliar o acesso à justiça, é necessário que políticas públicas promovam tanto a inclusão digital quanto a capacitação técnica, garantindo que as plataformas sejam intuitivas e acessíveis para todos. Somente assim será possível evitar a criação de uma nova forma de exclusão, onde apenas os mais privilegiados podem resolver seus conflitos com o auxílio da tecnologia.

ODR E ACESSIBILIDADE: SOLUÇÕES PARA REGIÕES REMOTAS

A tecnologia de ODR também tem o potencial de ser uma solução eficaz para áreas remotas ou comunidades com pouco ou nenhum acesso a estruturas formais de justiça. Em regiões geograficamente isoladas, como a Amazônia brasileira ou áreas rurais distantes, o acesso à justiça é muitas vezes limitado pela distância física entre as

partes e os centros urbanos onde se concentram os tribunais e centros de mediação (Brasil, 2019).

Nesse sentido, as plataformas digitais de autocomposição oferecem uma oportunidade única para superar barreiras geográficas e facilitar o acesso à justiça para comunidades que, de outra forma, estariam marginalizadas. O uso de ferramentas como videoconferências e sistemas baseados em IA permite que as partes participem de negociações e mediações remotamente, reduzindo a necessidade de deslocamento e custos associados (CETIC.br, 2023). Ao democratizar o acesso à justiça, as plataformas de ODR podem ajudar a corrigir as desigualdades regionais, tornando o sistema jurídico mais acessível e inclusivo (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017).

No entanto, para que essa acessibilidade seja real e eficaz, é necessário que haja políticas públicas que incentivem a infraestrutura digital nas regiões mais carentes. O desenvolvimento de programas governamentais que promovam a expansão da banda larga e o acesso à internet de alta qualidade em áreas rurais e remotas é essencial para que todos os cidadãos possam se beneficiar plenamente das inovações tecnológicas na autocomposição (Brasil, 2019).

As plataformas de ODR têm o potencial de revolucionar o acesso à justiça em regiões remotas, como a Amazônia e áreas rurais, onde a distância física e a falta de infraestrutura limitam a participação das comunidades nos sistemas formais de resolução de conflitos. A tecnologia, ao permitir que as partes realizem negociações e mediações remotamente, não apenas reduz os custos e a necessidade de deslocamento, mas também democratiza o acesso à justiça, corrigindo as desigualdades regionais.

No entanto, para que esse acesso seja verdadeiramente eficaz, é imprescindível que políticas públicas incentivem a expansão da infraestrutura digital, como a banda larga e o acesso à internet de qualidade, nas regiões mais isoladas. Sem essas iniciativas, as plataformas de ODR correm o risco de perpetuar as desigualdades que buscam combater, excluindo justamente as populações que mais

necessitam de acesso a métodos alternativos e eficientes de resolução de conflitos.

PRIVACIDADE, SEGURANÇA DE DADOS E ÉTICA

Outro grande desafio no uso de IA e plataformas de ODR é a questão da privacidade e segurança dos dados. A privacidade é um direito fundamental nas democracias modernas, e qualquer sistema de ODR que lide com dados pessoais sensíveis, como informações financeiras, médicas ou pessoais, deve garantir que esses dados estejam protegidos contra vazamentos e acessos não autorizados (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017).

A promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil foi um passo importante para regulamentar o uso de dados pessoais, tanto no setor público quanto privado. A LGPD estabelece um conjunto de diretrizes e requisitos que visam proteger a privacidade dos cidadãos e garantir que os dados sejam coletados e tratados de maneira ética e transparente. Para que as plataformas de ODR estejam em conformidade com essa legislação, é fundamental que implementem protocolos de segurança robustos, incluindo criptografia de dados, controle de acesso e auditorias regulares (Brasil, 2019).

Além dos aspectos legais, as questões éticas associadas ao uso de IA e big data na resolução de conflitos também são motivo de preocupação. A privacidade não diz respeito apenas à segurança dos dados, mas também à forma como esses dados são utilizados para influenciar as decisões. A construção de sistemas justos, equitativos e éticos deve considerar não apenas a eficiência, mas também a responsabilidade moral que acompanha a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos (Cueva, 2021).

A privacidade e a segurança de dados são pilares fundamentais na implementação de plataformas de ODR e no uso de IA, especialmente quando lidam com informações pessoais sensíveis. A proteção contra vazamentos e acessos não autorizados é uma

necessidade incontornável em qualquer sistema que pretenda ser confiável e seguro. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) trouxe avanços significativos nesse sentido, mas sua eficácia depende da correta implementação de protocolos rigorosos de segurança, como criptografia e auditorias frequentes.

Além das obrigações legais, as questões éticas devem ser igualmente priorizadas, garantindo que o uso de big data e algoritmos na resolução de conflitos respeite a dignidade e a privacidade dos envolvidos. A responsabilidade moral que envolve a criação de soluções tecnológicas para a justiça exige um compromisso com a transparência, a equidade e a construção de sistemas que sejam verdadeiramente justos e inclusivos, preservando a confiança dos cidadãos e a integridade do processo decisório.

DESUMANIZAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO

Uma das questões mais debatidas no uso crescente de IA na resolução de conflitos é o risco de desumanização do processo decisório. Embora a automação e o uso de algoritmos possam oferecer soluções rápidas e eficientes, eles também podem desconsiderar as nuances subjetivas que frequentemente acompanham os conflitos humanos (Susskind, 2019).

As disputas, especialmente aquelas de natureza pessoal ou emocional, como conflitos familiares, frequentemente envolvem fatores complexos que podem ser difíceis de quantificar ou interpretar por um algoritmo. A empatia, a compreensão emocional e o julgamento humano desempenham um papel essencial na resolução desses conflitos. Quando essas qualidades são substituídas por uma lógica algorítmica baseada exclusivamente em padrões de dados, o risco é que as necessidades emocionais das partes sejam negligenciadas em favor de soluções despersonalizadas e padronizadas (Katsh; Rabinovich-Einy, 2017).

Por esse motivo, muitos especialistas argumentam que a tecnologia de IA na autocomposição deve ser usada como suporte ao julgamento humano, e não como um substituto para ele. O papel dos mediadores humanos continua a ser essencial, especialmente em casos onde os conflitos envolvem sentimentos profundos ou onde é necessário um nível de sensibilidade que a IA ainda não é capaz de replicar (Cueva, 2021). A relação entre IA e mediadores humanos deve, portanto, ser de complementaridade, onde a IA pode fornecer dados objetivos e análises, mas as decisões finais devem considerar a complexidade das emoções humanas (Susskind, 2019).

A incorporação de inovações digitais no processo de autocomposição, como a IA e plataformas de ODR, oferece um enorme potencial para transformar o sistema de justiça, tornando-o mais acessível, eficiente e ágil. As plataformas digitais facilitam o acesso à justiça para partes que, de outra forma, teriam dificuldades de participar de um processo presencial, ao mesmo tempo em que a IA oferece novas formas de analisar dados e sugerir soluções rápidas e baseadas em evidências (Katsh; Rule, 2016).

No entanto, esse avanço tecnológico vem acompanhado de desafios substanciais. A desigualdade digital ainda persiste, especialmente em países como o Brasil, onde o acesso à internet e à tecnologia é desigualmente distribuído (CETIC.br, 2023). Além disso, as questões éticas e de privacidade exigem que as plataformas de ODR estejam totalmente alinhadas com as regulamentações de proteção de dados e operem de forma transparente e segura (Brasil, 2019).

Finalmente, é fundamental que as inovações tecnológicas não substituam completamente o julgamento humano em áreas onde a sensibilidade e a empatia são cruciais. A combinação entre tecnologia e mediação humana pode criar um sistema de justiça híbrido que aproveita o melhor de ambos os mundos, proporcionando uma justiça mais inclusiva, acessível e adaptada às complexidades das disputas humanas (Cueva, 2021).

O uso de IA na resolução de conflitos traz um risco claro de desumanização do processo decisório, especialmente quando os

algoritmos substituem o julgamento humano em questões onde a empatia e a compreensão emocional são cruciais. A eficiência oferecida pela automação deve ser equilibrada com a sensibilidade necessária para lidar com disputas de natureza pessoal ou emocional, como os conflitos familiares. A IA, por sua própria natureza, ainda não é capaz de captar plenamente as nuances subjetivas que permeiam muitas dessas disputas. Por isso, é essencial que a IA atue como uma ferramenta complementar ao trabalho dos mediadores humanos, em vez de substituí-los.

A combinação de dados objetivos fornecidos pela IA com a sensibilidade e discernimento humano pode criar uma abordagem híbrida que aproveita o melhor dos dois mundos, assegurando que as decisões finais considerem a complexidade emocional dos casos. Assim, a tecnologia pode ser uma aliada poderosa, desde que utilizada com responsabilidade e sempre respeitando a centralidade do ser humano no processo decisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A integração das tecnologias na autocomposição de conflitos oferece uma oportunidade revolucionária para remodelar profundamente o sistema de justiça no Brasil. Ao explorar o potencial das inovações tecnológicas, como a inteligência artificial (IA), o big data e as plataformas de Resolução de Disputas Online (ODR), e combiná-las com os princípios fundamentais da autocomposição, podemos criar um sistema de justiça mais acessível, eficiente e centrado nas necessidades das partes envolvidas. Este movimento, além de reduzir a carga dos tribunais, promove uma nova cultura de resolução de conflitos, mais ágil e colaborativa, na qual os indivíduos não são apenas meros espectadores de suas disputas, mas atores ativos em sua solução.

O avanço das tecnologias, particularmente no campo da ODR, oferece vantagens que vão além da mera automação de processos.

A capacidade de as plataformas digitais processarem grandes volumes de dados, identificar padrões de comportamento e prever desfechos prováveis torna o processo de autocomposição mais dinâmico e personalizado. Esse uso inteligente da tecnologia não só reduz o tempo de resolução, mas também aumenta a precisão e a eficácia das decisões, baseando-se em experiências anteriores que alimentam continuamente os algoritmos. Contudo, ao passo que essas ferramentas trazem eficiência e inovação, é necessário atentar-se para o equilíbrio entre a automação e a intervenção humana. A interação entre mediadores humanos e ferramentas tecnológicas deve ser cuidadosamente desenhada para garantir que o elemento humano, essencial em muitas disputas que envolvem aspectos emocionais e subjetivos, não seja marginalizado.

No contexto da ODR, uma modalidade dos Métodos Alternativos de Resolução de Disputas (ADR), surgem não apenas os desafios relacionados à mudança na gestão de conflitos, mas também uma série de dificuldades estruturais. A implementação eficaz de plataformas digitais requer uma reavaliação de como os usuários interagem com essas tecnologias, o que implica na necessidade de alfabetização digital. Muitos cidadãos brasileiros, especialmente os pertencentes a classes menos favorecidas, ainda enfrentam dificuldades no acesso e na utilização de tecnologias básicas. Isso exige investimentos significativos em programas de capacitação e inclusão digital, para que todos possam usufruir dos benefícios oferecidos pelas ferramentas de ODR de maneira equitativa.

Além disso, as limitações financeiras são um fator crítico que precisa ser considerado. Enquanto países desenvolvidos, como os Estados Unidos e Reino Unido, têm sistemas de ODR bem estabelecidos, que conseguem integrar plenamente as novas tecnologias nos processos de resolução de disputas, o Brasil enfrenta barreiras econômicas mais complexas. O acesso à internet, embora crescente, ainda não é universal, e muitas comunidades em regiões rurais ou mais isoladas carecem da infraestrutura básica para utilizar essas plataformas. Sem uma abordagem inclusiva, que leve em

consideração as disparidades regionais e sociais, corremos o risco de que a ODR amplie, ao invés de reduzir, as desigualdades existentes no acesso à justiça.

Essas barreiras tecnológicas são ainda mais amplificadas quando consideramos as diferenças culturais e a confiança no sistema digital. A falta de familiaridade com o uso de plataformas online para resolver conflitos pode gerar desconfiança nas soluções oferecidas pela ODR, particularmente entre grupos menos familiarizados com a tecnologia. A implementação dessas ferramentas deve, portanto, ser acompanhada por campanhas educativas e políticas de incentivo que não apenas promovam o uso da ODR, mas também construam confiança nas soluções digitais.

Outro ponto crucial é a necessidade de adaptação das inovações tecnológicas à realidade brasileira, considerando suas dimensões continentais e profundas desigualdades sociais. Diferentemente dos modelos de ODR implementados em países desenvolvidos, onde a infraestrutura digital é amplamente acessível, o Brasil enfrenta o desafio de integrar essas tecnologias em um contexto onde grande parte da população ainda enfrenta barreiras tecnológicas e de conectividade. As soluções adotadas no Brasil precisam ser moldadas de acordo com essas particularidades, de modo a garantir que as inovações tecnológicas sejam inclusivas e que realmente promovam o acesso à justiça para todos, e não apenas para os mais privilegiados.

Além disso, a implementação da ODR no Brasil deve ser acompanhada por uma reflexão profunda sobre as implicações éticas e legais do uso da inteligência artificial na resolução de disputas. A automação das decisões judiciais ou mediadas por algoritmos levanta questões sobre a imparcialidade dos processos e a possível introdução de vieses. É fundamental que os sistemas utilizados sejam transparentes e auditáveis, para que as partes envolvidas possam confiar nas decisões tomadas e compreender os critérios utilizados pelos algoritmos.

Em última análise, a integração das tecnologias na autocomposição de conflitos no Brasil não é apenas uma questão de

eficiência, mas de transformação cultural e institucional. O sucesso da ODR e de outras inovações depende de uma combinação de fatores: desde a infraestrutura tecnológica até o preparo dos profissionais da justiça e a educação dos usuários. Um dos maiores desafios será equilibrar o uso da tecnologia com a manutenção dos valores fundamentais da justiça, como a equidade, a transparência e o respeito às particularidades de cada caso.

Portanto, o futuro da resolução de conflitos no Brasil por meio da ODR e de outras ferramentas tecnológicas exige uma abordagem multifacetada. O país deve adotar uma estratégia que combine investimentos em infraestrutura digital, políticas inclusivas de educação e conscientização, além de um robusto arcabouço legal para garantir a privacidade e a segurança dos dados. Assim, embora o caminho esteja repleto de desafios, as perspectivas apontam para uma sociedade mais justa e harmoniosa, onde os conflitos sejam solucionados de maneira colaborativa, pacífica e, acima de tudo, equitativa.

A justiça multiportas, como proposta por alguns teóricos, vislumbra um sistema em que as partes têm a liberdade de escolher o método mais adequado à natureza de seu conflito, seja por meio da mediação, conciliação, arbitragem ou plataformas ODR. O verdadeiro sucesso dessa integração tecnológica depende de uma mentalidade transformadora que coloque a justiça nas mãos dos cidadãos, e não apenas nas dos tribunais. A tecnologia, nesse sentido, deve ser vista não como um fim em si mesma, mas como uma ferramenta poderosa para construir um sistema mais inclusivo e humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consumidor.gov.br**: Relatório Anual de 2018. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional do Consumidor. Brasília: SENACON, 2019.

CETIC.br. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2023**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2023.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Integração dos meios de resolução de conflitos *online* (ODR) aos sistemas de justiça. In: FUX, Luiz (Coord.); ÁVILA, Henrique (Coord.); CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. (ePUB)

FERRAZ, Deise Brião; SILVEIRA, Simone de Biazzi Avila Batista da. *Online dispute resolution* (ODR) como ferramenta de acesso à justiça e mudança na gestão de conflitos no brasil através da mediação *online*. **Revista Direito Público**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3450>. Acesso em: 20 mai. 2024.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

KATSH, Ethan; RULE, Colin. **Online Dispute Resolution: Theory and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KATSH, Ethan; RULE, Colin. **What we know and need to know about online dispute resolution**. *South Carolina Law Review*, v. 67, n. 2, 2016. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol67/iss2/10>. Acesso em: 29 mai. 2024.

NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O uso da tecnologia na prevenção efetiva dos conflitos: possibilidades de interação entre *online dispute resolution*, *dispute system design* e sistema público de justiça. In: NUNES, Dierle *et.al.* **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

SILVA, Victor Hugo; OTÁVIO, Murillo. Acesso à internet cresce no Brasil e chega a 84% da população em 2023, diz pesquisa. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/11/16/acesso-a-internet-cresce-no-brasil-e-chega-a-84percent-da-populacao-em-2023-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 19 mai. 2024.

SUSSKIND, Richard. ***Online Courts and the Future of Justice***. Oxford: Oxford University Press, 2019.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL NO PROCEDIMENTO ESCALONADO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UM REFERENCIAL TEÓRICO PARA OS STANDARDS PROBATÓRIOS

José César Naves de Lima Júnior⁴

Resumo: trata-se de artigo científico destinado em estabelecer um referencial teórico como parâmetro no procedimento escalonado do tribunal do júri ao término da instrução em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa em observância ao sistema acusatório adversarial democrático, em processo de partes que determinará, ao final, a pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária no desiderato dessa etapa. Com a decisão do agravo em recurso extraordinário nº 1.067.392/CE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido da máxima *in dubio pro societate* não ser critério legítimo em fundamentar a reforma em decisão de impronúncia em processo penal, além de estabelecer como limite para o encaminhamento de acusados da prática de crimes dolosos contra a vida (forma tentada ou consumada) a julgamento perante o tribunal do júri, o standard probatório da preponderância de provas incriminatórias, qual seja, a existência de lastro probatório no sentido da tese acusatória. Dessa narrativa, surge a seguinte questão: como identificar, de forma assertiva, o standard probatório adequado em cada caso real, onde se valora as provas produzidas no processo até a fase anterior ao plenário? Como hipótese destinada em responder a situação-problema, surge o devido processo legal em sua dimensão substancial, fornecendo-se através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade um

4 Promotor de Justiça do Estado de Goiás. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas. Professor universitário em diversas instituições a nível de graduação e pós-graduação.

parâmetro que auxiliará os operadores do direito em encontrar o standard probatório correto nas dimensões propostas neste estudo, isto é, standard reduzido, moderado ou acentuado com posterior efeitos de impronúncia, pronúncia, desclassificação ou mesmo absolvição sumária conforme a realidade de cada caso real.

Palavras-chaves: procedimento escalonado do tribunal do júri; standard probatório adequado; devido processo legal substancial.

Abstract: this is a scientific article aimed at establishing a theoretical framework as a parameter in the staggered procedure of the jury court at the end of the instruction in court, under the scrutiny of contradictory and broad defense in compliance with the democratic adversarial accusatory system, in the process of parties that will ultimately determine the pronouncement, non-pronouncement, disqualification or summary acquittal in the context of this stage. With the decision of the appeal in extraordinary appeal No. 1,067,392/CE, reported by Minister Gilmar Mendes, the Federal Supreme Court established a position that the maxim in dubio pro societate is not a legitimate criterion in basing the reform on a decision to dismiss a case. criminal law, in addition to establishing as a limit for the referral of those accused of intentional crimes against life (attempted or completed form) to trial before the jury court, the evidentiary standard of the preponderance of incriminating evidence, that is, the existence of ballast probative in the sense of the accusatory thesis. From this narrative, the following question arises: how to assertively identify the appropriate evidentiary standard in each real case, where the evidence produced in the process up to the phase before the plenary session is valued? As a hypothesis designed to respond to the problem situation, due legal process emerges in its substantial dimension, providing, through the principles of reasonableness and proportionality, a parameter that will assist legal operators in finding the correct evidentiary standard in the dimensions proposed in this study, that is, a reduced, moderate or accentuated standard with

subsequent effects of indictment, pronouncement, disqualification or even summary acquittal depending on the reality of each real case.

Keywords: staggered jury court procedure; adequate evidentiary standard; substantial due process.

INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de um ensaio, a fascinante temática deste trabalho científico aglutina institutos jurídicos de indiscutível relevância social, quais sejam, o tribunal do júri e um referencial teórico com a finalidade de estabelecer limites garantísticos ao encaminhamento de acusados por crimes dolosos contra a vida, na forma tentada ou consumada, a julgamento perante a sociedade.

Percebe-se, indubitavelmente, nesta instituição milenar, um valor inestimável, pois permanece mantida em diversos países até os dias de hoje, permitindo-se que a pessoa possa ser julgada pelos seus pares em consonância com os costumes, valores e cultura defendidos em determinada sociedade, época, enfim, a estabelecer o proceder mais justo no contexto de certa coletividade.

Certo que o modelo atual de Júri vem consubstanciado no sistema inglês, porém, é consenso que este possui origem muito antiga, ligada diretamente à Grécia e Roma, ganhando um formato mais próximo do que se conhece hoje em dia a partir da evolução ocorrida na Inglaterra. Posteriormente, com o tempo, foram instituídas modificações, todavia, mantém-se a ideia clássica de um julgamento de um cidadão pelos membros da sua comunidade, o que ocorreu no período da Revolução Francesa e disseminou-se por vários países da Europa e Américas. Sem dúvidas, os Estados Unidos encamparam o modelo inglês, fazendo do Júri, o julgamento popular, a regra, como o ideal de justiça democrática, o que veio a influenciar a cultura jurídica do mundo ocidental

de modo marcante. A instituição, assim, tem origem milenar, sendo mantida, em inúmeros países do mundo, como forma de atingir-se o “justo” com maior proximidade daquilo que os homens podem entender por “Justiça”. No Brasil, o Júri sempre foi admitido e reconhecido, desde a fase imperial. Além de existir com base nas Ordenações Filipinas, o que garantia a sua aplicação no Brasil Colônia, em 1822 foi instituído por Dom Pedro I para julgar, especificamente, os delitos de imprensa. Após independência do Brasil, já na primeira Constituição Federal, em 1824, foi reconhecida a instituição do Júri. Em 1832, no primeiro Código de Processo Penal houve a divisão em “júri de acusação” e de “julgação”, em modelo que seguia o ainda vigente na Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, com o *jury* e *grand jury*. Porém, esse sistema caiu em 1841, restando apenas o Júri para o efetivo julgamento, ou seja, a convocação dos jurados para decidir o mérito da demanda. [...] Finalmente, em 1988, a Constituição “Cidadã”, democrática, colocou o Júri no seu patamar devido, no artigo 5º, inciso XXXVIII, com a seguinte redação vigente: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (GOMES, 2010, p 23-24-25).

Conquanto a origem do tribunal do júri seja bastante controversa, convém mencionar algumas teorias concernentes ao seu surgimento no mundo.

Para alguns, essa instituição foi criada na Inglaterra depois do Concílio de Latrão ter extinto as ordálias e os juízos de Deus, trazendo consigo, uma origem mística. Para outros, seu nascimento ocorreu na Palestina diante da existência do Tribunal dos Vinte e Três nas vilas em que a população chegasse à número superior das 120 famílias.

Eram tribunais que julgavam crimes apenados com a pena capital e seus integrantes eram padres, levitas e chefes das famílias de Israel. Também existem aqueles que atribuem o aparecimento do júri a lei mosaica, nos dikastas, na Hílieia ou no Areópago grego; nos centeni ou comitês primitivos germanos ou em terras britânicas que se transferiram para o Estados Unidos e depois para a Europa.

Desde os primórdios da humanidade, competiria a representantes do povo o dever de emitir uma decisão relativa a contendas, mas como instituição e características mais detalhadas, seu nascimento seria na Inglaterra com posterior adoção na França. Por fim, no Brasil, o tribunal do júri nasce em 28 de junho de 1922 para julgamento de crimes de imprensa. (BARROS, 2017, p. 27-28).

1. CULPABILIDADE E SEU CARÁTER POLIFACÉTICO

Compreendida sucintamente as origens desta instituição democrática que é o tribunal do júri, antes do julgamento em plenário, faz-se imprescindível uma instrução destinada a coleta de provas em sistema dialético calcado no contraditório e ampla defesa, cujo desiderado é responsável por fundamentar uma decisão de admissibilidade ou não a julgamento perante o tribunal do júri. Portanto, a partir desse trecho do estudo científico, como se pode ver, será imprescindível definir a dimensão ou grau de culpa necessária para uma pessoa ser submetida a julgamento perante o tribunal do júri.

Dentre o caráter polifacético que norteia o instituto jurídico da culpabilidade no direito penal contemporâneo, quer dizer, como princípio, elemento estrutural do crime, grau de menosprezo do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, dentre outras acepções, neste trabalho o prisma a ser estudado encontra-se no rol das garantias fundamentais, ou seja, do devido processo legal; inteligência do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, o significado a ser pesquisado sobre o aludido instituto encontra-se na linha ou espectro de fator de graduação da responsabilidade individual em harmonia com o regramento vigente e limites estabelecidos pelo legislador constituinte quanto as fases do processo e possíveis desdobramentos.

Veja bem, para que o Ministério Público ofereça uma denúncia em face de uma pessoa, faz-se necessário certos pressupostos exigidos pela legislação vigente (CPP, art. 41), como a exposição do fato criminoso e a individualização da conduta, suas circunstâncias, a qualificação do denunciado ou esclarecimentos suficientes em identificá-lo, classificação do crime se necessário e rol de testemunhas. Percebe-se, com isso, que uma ação penal para ser proposta exige um conjunto de elementos mínimos para essa providência, e será examinado pelo Poder Judiciário durante o seu recebimento ou não como garantia constitucional diante de acusações levianas e sem qualquer respaldo em arcabouço probatória subjacente.

Nesta fase, por óbvio, não se exige prova cabal da culpabilidade do denunciado no que diz respeito ao fato descrito na denúncia, mas sim e como visto, um mínimo de elementos cognitivos necessários para se iniciar a persecução penal. Em outras palavras, em cada fase processual, exige-se um conjunto de provas para o prosseguimento a etapa seguinte. Percebe-se, à vista disso, que uma decisão condenatória demanda uma número elevado de elementos probatórios que devem afastar qualquer dúvida razoável acerca da responsabilidade criminal, sob pena de se absolver pelo *in dubio pro reo*.

Denota-se, pelo exposto, que o procedimento e o processo são organizados em fases sucessivas, e cada uma delas necessita de conjunto de elementos cognitivos para seguir até o desiderato final por meio de uma sentença.

1.2 CULPABILIDADE E PROCEDIMENTO ESCALONADO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Compreendido isso, surge dentro do ordenamento jurídico uma celeuma acerca dos requisitos para que uma pessoa deva ser submetida a julgamento perante o tribunal do júri pela possível prática de crime doloso contra a vida, seja na forma tentada ou consumada, como se verá a seguir.

Como é sabido, o rito dos processos do tribunal do júri é escalonado e após a instrução realizada em juízo, poderá ocorrer várias situações, quais sejam, a pronúncia, a impronúncia, uma desclassificação ou até mesmo a absolvição sumária em um sistema humanizado, de garantias constitucionais. Nesse particular, surge a seguinte indagação: qual seria a culpabilidade do fato necessária em autorizar uma decisão de pronúncia? Explicitando melhor a ideia, qual seria o grau de responsabilidade suficiente, até aquela fase procedimental, a permitir o encaminhamento do acusado a julgamento perante o tribunal do júri? O art. 413 do Código de Processo Penal estabelece que a *materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação* ensejará uma decisão de pronúncia.

No tocante a materialidade, deverá o juiz verificar se existem provas da prática do fato, quer dizer, de sua existência; em se tratando de crimes dolosos contra a vida, o laudo de exame cadavérico ou de corpo de delito demonstram isso. Por outro lado, quanto aos indícios suficientes de autoria, surge uma polêmica, sobretudo do nível ou dimensão de provas a autorizar uma decisão de admissibilidade de julgamento perante o tribunal do júri.

Tratam-se de provas indiciárias, isto é, que demonstram uma *probabilidade*, mas não a certeza insofismável necessária a decreto condenatório, pois outros elementos poderão surgir, a *posteriori*, em plenário e o juiz natural para o julgamento da causa será o conselho de sentença que possui a *soberania dos veredictos*. Dessa maneira, poderá ocorrer uma absolvição, desclassificação ou condenação pelos jurados no plenário do júri.

Jurados decidem de acordo com a sua consciência e não segundo a lei. Aliás, esse é o juramento que fazem (art. 472, CPP), em que há a promessa de seguir a consciência e a justiça, mas não as normas escritas e muito menos os julgados do País. Conferiu a Constituição Federal, de maneira expressa, como sustentáculo do Tribunal do Júri, a garantia à soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c). Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso à novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredicto, proferindo outro, quanto ao mérito. [...] E seu o júri errou? Vamos a algumas hipóteses: a) “errou” ao avaliar, à sua maneira, as provas exibidas em plenário pelas partes? No máximo, valendo-se do duplo grau de jurisdição, ocorrerá apelação e, provida esta, outro Conselho de Sentença promoverá a devida revisão do julgado anterior; b) “errou” porque não lhe foram oferecidas todas as provas, logo, existe *prova inédita*, o que tornaria indispensável outro julgamento? Basta que o tribunal, em apelação ou revisão criminal, remeta o caso à novo júri. (NUCCI, 2008, p. 32).

Compreendido o narrado até aqui, e retornando ao final da instrução em juízo de processos de competência do tribunal do júri, é preciso agora determinar o grau ou dimensão dessa probabilidade em admitir uma decisão de pronuncia. Nessa perspectiva que se apresenta, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento acerca da admissibilidade a nova fase do procedimento escalonado do júri ter como parâmetro ou referência o standard probatório da preponderância da prova (*preponderance of the evidence*). Em apertada síntese: no agravo em recurso extraordinário 1.067.392/CE, de relatoria do insigne Ministro Gilmar Mendes, restou estabelecido que o princípio do *in dubio pro societate* não é critério legítimo em

fundamentar eventual reforma em decisão de impronúncia em um processo penal.

O precedente suso citado busca, a todo evidência, uma persecução fundada na preservação de garantias individuais, nos moldes da Constituição Federal de 1988, ao afastar a máxima do *in dubio pro societate* com a prevalência do *in dubio pro reo*. (MENDES, 2019, p. 01 *usque* 05).

Dessa forma, não se exige a certeza, além da dúvida razoável, exigida para a condenação, no entanto, a submissão de um acusado a julgamento pelo tribunal do júri requesta, por conseguinte, lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória, isto é, de uma preponderância de provas incriminatórias.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha indicado o caminho a ser seguido nessa etapa do procedimento escalonado do tribunal do júri, esse trabalho tem como fito fornecer elementos científicos para, em casos reais, auxiliar os operadores do Direito em verificar a presença desse standard probatório ou não e a partir disso, permitir a tomada da decisão mais justa, humana e fraterna em casos tão sensíveis e de enorme e frequente abalo social.

1.3 CULPABILIDADE E STANDARD PROBATÓRIO COMO FATOR LIMITE DE DECISÕES DE PRONÚNCIA

O standard passa a ser um instituto jurídico de indiscutível relevância para o devido processo legal, notadamente por estabelecer um limite mais claro e objetivo as decisões, *in casu*, de pronúncia, observando-se o princípio constitucional da presunção de inocência que irá, sobretudo, sofrer uma gradação, conforme a carga probatória e espécie de veredicto a ser proferido pelo Poder Judiciário.

Percebe-se a existência de várias fases durante o curso do processo e o juiz de direito valora as provas referentes a cada etapa, inexistindo preceitos normativos claros disciplinando o conteúdo das decisões judiciais. Nesse particular, embora no Brasil prevaleça a máxima do

livre convencimento motivado dos juízes ao proferir sentenças, esse sistema encontra-se despidido de regras de interpretação ou valoração de provas, cuja presença de standard poderá elevar o grau de controle das decisões judiciais.

Demais disso, a carga probatória será distribuída em cada fase do processo, em um processo de partes, no qual o *quanto de elementos cognitivos* a ser demonstrado pela acusação para vencer certo grau de incerteza, e o *quanto* deverá a defesa demonstrar para obter uma sentença favorável, será determinado por um standard com observância do ônus probatório.

É preciso estabelecer regras para o controle do convencimento judicial a respeito de provas, os chamados *standards* probatórios, no processo penal. Tais regras são de fundamental importância para distribuir a carga da prova em cada etapa do processo, de modo a estabelecer o quanto deve ser demonstrado pela acusação para vencer o estado original de incerteza que marca a persecução penal e o que deve ser demonstrado pela defesa para obter uma decisão judicial favorável. Isso se aplica evidentemente na sentença de mérito, mas também é necessário estabelecer critérios para cada fase processual, notadamente a decretação de medidas cautelares, o juízo de admissibilidade da acusação e a decisão de pronúncia. (LUCCHESI, 2023, p. 11).

Nesse trecho da pesquisa, constata-se ser o *standard probatório e a forma de sua valoração, o referencial teórico necessário em delinear o limite e ainda permitir um controle de veredictos de admissibilidade a julgamento perante o tribunal do júri no Brasil.*

1.4 CULPABILIDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ACEPÇÃO SUBSTANCIAL

O devido processo legal na esfera ou acepção substancial será a hipótese científica para responder à questão suscitada por este articulista no início deste trabalho, portanto, nessa perspectiva será utilizado como ferramenta de controle da discricionariedade das decisões proferidas ao final da instrução dos processos de crimes dolosos contra a vida. Nessa ótica, o juízo de reprovação social recairá apenas e tão somente sobre a conduta praticada, afastando-se, por conseguinte, da pessoa do acusado e de suas qualidades, consagrando-se uma *culpabilidade do fato*.

Procura-se, como se pode ver, evitar uma culpabilidade do autor, por meio da qual o acusado será julgado por suas qualidades pessoais e não pelo que fez ou deixou de fazer. *A fortiori*, o juízo de reprovabilidade acaba incidindo sobre a personalidade do acusado quando contraria a ordem jurídica e isso deve ser afastado, pois a história nos revelou seus malefícios, a exemplo da Alemanha durante a segunda guerra mundial ao exterminar, em campos de concentração, milhões de vidas humanas inocentes pelo antissemitismo; direito penal do autor (LIMA JÚNIOR, 2019, p. 67-68).

Ultrapassada a questão acima abordada, convém asseverar que a culpabilidade do fato consiste na *resultante dos elementos cognitivos produzidos um juízo*, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa em sistema acusatório adversarial democrático, cujo juízo de valor formado a respeito do conjunto probatório, ou seja, do standard, poderá ser *reduzido, moderado ou acentuado* e esta mensuração será imprescindível à decisão a ser proferida nesta fase do procedimento, seja uma impronúncia, absolvição sumária, desclassificação ou pronúncia. Desse modo, o *standard reduzido* revela a prova frágil, contraditória a resultar em desclassificação ou impronúncia.

Em sentido oposto, não são raros os casos em que a prova produzida, embora apresente contradições, forneça um *standard moderado*, cujas divergências não afastem a prevalência conteudista

no sentido de provas incriminatórias, portanto, deverão ser apreciadas pelo conselho de sentença no plenário do júri; juiz natural do processo. Quanto ao *standart acentuado* de provas incriminatórias, certamente a decisão será a pronúncia ou até para embasar uma absolvição sumária quando esclarecer e comprovar a inocência do acusado.

De todo modo, o aquilatamento do standard necessita de diretrizes para nortear o operador do Direito em sua classificação como *reduzido, moderado ou acentuado*, quer dizer, é preciso delinear cada standard (padrão) no caso real a fim de observar o princípio constitucional do devido processo legal dentro de um espaço de segurança jurídica.

Na verdade, o standard consiste em provas exigidas para que uma decisão seja prolatada, isto é, determina o grau mínimo de elementos cognitivos para se considerar provado a existência de um fato e indícios suficientes de autoria nos casos do tribunal do júri.

Percebe-se que o ponto nefrágico dessa fase do procedimento encontra-se na existência de uma *probabilidade* do acusado ser o autor do fato descrito na denúncia, ou seja, exige-se nessa fase procedimental do processo uma *maioria ou preponderância* de elementos cognitivos indicando ser o acusado o possível autor.

Nós, falando da certeza, sustentamos que era imensurável; por isso, não só não se pode estabelecer relação entre as quantidades das várias espécies, como também é impossível graduar, em si mesma, cada espécie; tem-se certeza ou não. Somos levados a esta afirmação pela consideração da natureza da probabilidade nos leva a uma dedução oposta. Existindo na noção da probabilidade motivos convergentes e divergentes, levados em conta, à medida que crescem os motivos convergentes e diminuem os divergentes, cresce a probabilidade. Entende-se que, neste segundo caso, uma medida sempre inferior à dos convergentes; de outra forma, chegando a número igual, extinguir-se-ia toda a

probabilidade e, ultrapassando-a, teríamos uma probabilidade oposta. Portanto, a probabilidade é graduável. (MALATESTA, 2001, p. 66).

Como se percebe nas lições de Malatesta, acima transcritas, a probabilidade é graduável, logo os motivos convergentes e divergentes quanto ao fato e autoria deverão ser analisados ao final da instrução processual para desiderato do processo, no entanto, a nosso sentir, dentro dessa mensuração de elementos cognitivos um referencial teórico se mostra inafastável para se alcançar uma sentença adequada e justa, principalmente porque ao se tentar aquilatar a probabilidade, o critério qualitativo de análise probatória supera o quantitativo devido a essencialidade naturalmente se sobrepor a forma.

Na prática, em meio aos depoimentos colhidos na fase extrajudicial e judicial, perícias, reprodução simulada dos fatos, documentos, laudos, entre outras provas, caso aflore uma dúvida razoável acerca dessa probabilidade, a decisão correta será a decisão de impronúncia, rechaçando-se, de vez, o vetusto brocardo *in dubio pro societate*, pois ninguém poderá ser encaminhado a julgamento perante o tribunal do júri sem um conjunto ou padrão mínimo de provas (standard) a demonstrar uma probabilidade de ser o acusado o autor do fato. A dúvida milita em favor da parte vulnerável nos termos do artigo 5º, inc. LVII da Constituição Federal de 1988, logo, um juízo de admissibilidade em casos, nos quais o standard esteja ausente, contraria o devido processo legal e a presunção de inocência, garantias fundamentais.

O processo judicial, em si, instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena de essa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados. (RANGEL, 2015, p. 152)

Decorre dessa argumentação que, a prova exige critérios científicos de lógica e racionalidade em cada fase da persecução criminal objetivando sua correta valoração, cujo controle deverá ser exercido por meio do princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, na via recursal.

A prova é um direito das partes e as decisões embasadas nas mesmas precisam ser fundamentadas (CF, inteligência dos arts. 5º, inc. LV e 93, inc. X), permitindo-se, como acima reportado, um devido controle jurisdicional.

Diante de tantos aspectos que podem acontecer no procedimento escalonado do júri brasileiro, convém expor situações com o objetivo de ajudar a interpretar, no mundo real, os standards probatórios; as máximas ou postulados poderão orientar os operadores do direito a seguir o caminho mais assertivo ao padrão presente nos processos em que estejam atuando.

As possíveis contradições existentes entre as *provas testemunhais com ciência do fato “por ouvir dizer”* não devem prevalecer sobre as testemunhas presenciais, diante da possibilidade mais assertiva de quem presenciou algo.

Os prints juntados em processos criminais pelas partes interessadas podem ser provenientes de *fake chats*, existindo-se, inclusive, precedentes dos tribunais superiores determinando a extração dessa espécie de prova diante da ausência de confiabilidade da fonte, denotando-se eventual nulidade.

Além disso, também existe julgado da sexta turma do C. Superior Tribunal de Justiça que declarou, por unanimidade, a impossibilidade da utilização, como provas, as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta WhatsApp Web. Havia precedente considerando inválida a prova obtida pelo espelhamento de conversas via WhatsApp Web, pois a ferramenta permite o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, tenham elas sido encaminhadas pelo usuário ou recebidas de algum contato, sendo que eventual exclusão não deixa vestígio no aplicativo ou no computador. Assim, tais provas obtidas através do print screen da tela

de ferramenta WhatsApp devem ser consideradas provas ilícitas e, dessa forma, desentranhadas dos autos do processo.

Outra situação diz respeito ao *reconhecimento fotográfico* que deverá observar o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal; a utilização de imagens despadronizadas provenientes de redes sociais, muitas vezes desatualizadas, não são confiáveis. Além disso, a ausência prévia de descrição do autor, e a exibição de uma única foto, ou envio prévio de foto por WhatsApp ao reconhecedor e repetição do procedimento em juízo, deixam inocentes desprotegidos segundo o eminente Ministro Rogério Schietti, do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento de Habeas Corpus nº 712781 – RJ (2021/0397952-8).

Depoimentos prestados por pessoas na fase de instrução, porém, ouvidas na condição de *informantes*, possuem sim valor probatório, segundo a jurisprudência pátria, especialmente quando são harmônicos e coerentes com os demais elementos de prova existentes nos autos. Assim, é preciso uma análise sistemática dessas declarações com a finalidade de se avaliar seus conteúdos, seja para uma pronúncia, impronúncia, desclassificação, ou até absolvição sumária.

O direito de não autoincriminação previsto expressamente no artigo 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal e sua inobservância nas fases extrajudicial e/ou judicial poderá ensejar nulidade.

O magistério de Mossin esclarece, com maestria, que o *direito ao silêncio* e o *direito de não se autoincriminar* integram o devido processo legal como instrumentos valiosos para um contraditório efetivo e a plenitude da defesa:

O liame que intimamente vincula a regra em questão e a garantia do silêncio está em que, tendo o indiciado, investigado ou acusado optado pelo direito de manter-se calado na oportunidade de seu interrogatório, quer ex-trajudicial (policial), quer judicial, ele deixa, concomitantemente, de correr

o risco de produzir elemento de prova contra seu direto interesse na persecução criminal, que é a declaração de sua não culpabilidade, ou seja, da prevalência de sua inocência diante do interesse punitivo do Estado. Não se pode deixar de externar que, mesmo se o indiciado, investigado ou acusado abdicar do direito de se manter silente, preferindo, em homenagem à sua ampla defesa ou à plenitude desta, expor sua versão atinente ao fato criminoso a ele assacado (imputação), ele não estará compelido a trazer à colação prova que lhe seja prejudicial quando da composição do litígio. Verifica-se, dessa maneira, que a regra da não autoincriminação, embora apresente liame muito estreito com a garantia do silêncio, é integralmente independente e tem seus matizes próprios e específicos no âmago do devido processo criminal. [...] Ad conclusão, a garantia do silêncio e o direito do indiciado ou acusado de não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*) também se integram ao devido processo legal (*due process of law*), constituindo-se em importantes instrumentos para o exercício da ampla defesa e de sua plenitude. (MOSSIN, 2014, p. 123/143).

Vamos mais longe nesta abordagem de provas. A presença de assistente técnico na perícia reduz *significativamente* o valor de seu parecer nos moldes do art. 159 e parágrafos do Código de Processo Penal vigente. Como é cediço, o assistente técnico não elabora o laudo com o perito criminal e sequer participa de sua feitura, pois somente intervém no processo após a elaboração desse pelos peritos oficiais. Assim sendo, como o Estado possui peritos concursados, sérios e isentos, não faz sentido admitir outro profissional que certamente poderá tumultuar o processo, senão vejamos:

Imagine o que não fará um réu com uma boa situação financeira que pode contratar um bom perito particular para discutir o laudo que foi feito

com isenção e seriedade por um perito oficial? É a privatização e a mercantilização da prova no processo penal. Estão pensando que o processo é o civil que trata, em regra, de direitos disponíveis. [...] O assistente técnico não faz o laudo junto com o perito nem intervém na feitura deste, pois apenas ingressa nos autos do processo após a elaboração do laudo pelos peritos oficiais. [...] Se o Estado tem perito oficial, concursado, que trabalha de forma isenta e séria, não há razão para se admitir assistente técnico no processo penal a não ser para tumultuar o processo e procrastina-lo. Terá sido essa a intenção? É mais uma vez o primo pobre (processo penal) pedindo esmola (assistente técnico) ao primo rico (processo civil). (RANGEL, 2014, p. 109/110).

Na doutrina brasileira, as críticas a essa intervenção são uníssonas:

Como os peritos, oficiais ou não, são auxiliares da justiça, exige-se imparcialidade de forma que as hipóteses de suspeição e impedimento aplicáveis aos juízes são extensíveis aos peritos (art. 280, CPP). [...] Este é o perito de confiança do contratante, que irá atuar na perspectiva de ratificar, complementar, ou infirmar o laudo oficial, consolidando a tese defensiva ou acusatória. Pela natureza do seu papel, o assistente é nitidamente parcial, e o fruto do seu trabalho é o parecer técnico, onde apresentará as conclusões técnicas. (ROQUE, TÁVORA, 2014, p. 228-229).

Sumariando: trata-se de prova (parecer técnico) que deverá, sem dúvidas, *ser avaliada com reservas*, pois produzida de forma nitidamente parcial, que contribui para dificultar o esclarecimento do fato, objeto do processo.

Como visto, citamos várias situações relevantes, de forma exemplificativa, mas merecedoras de atenção dos operadores do direito durante a análise, após findar a instrução do processo, de qual seria o standard adequado ao arcabouço probatório subjacente, doravante produzido com a presença de todas as garantias constitucionais, tendo como diretriz básica um devido processo legal no prisma da essência, substância ou matéria, apto em revelar o padrão mais assertivo.

Não se trata do número de provas, mas sim, de seu conteúdo e relevância para o esclarecimento do fato. Em várias situações abordadas acima, percebe-se que tais elementos cognitivos são frágeis em comparação a outras espécies de provas, como um depoimento colhido em juízo de testemunha presencial do fato em comparação com outras que adquiriram ciência do fato “por ouvir dizer.”

A ideia de preponderância de provas incriminatórias deverá, a nosso sentir, ser *qualitativa* no sentido da tese acusatória para a prolação de uma decisão de pronúncia, isto é, a quantidade não se mostra relevante diante da essência presente nos elementos cognitivos colhidos durante a instrução.

Indubitavelmente, a perspectiva defendida neste estudo científico, sobretudo de um devido processo legal substancial, possibilita que as decisões proferidas ao final da instrução judicial de processos da competência do tribunal do júri somente remetam, como visto, casos alicerçados em probabilidade de autoria com um substrato mínimo de provas, garantia fundamental de todos que respondem a processo criminal nesta seara.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O princípio do devido processo legal substancial revela-se muito importante na análise de provas e seu conjunto para fundamentar uma decisão quanto a submissão de uma pessoa a julgamento perante o tribunal do júri, quer dizer, torna-se o referencial teórico destinado

em definir o veredicto de impronúncia, pronúncia, desclassificação ou absolvição sumária em casos que exigem, conforme explicitado alhures, um determinado standard. Dessa narrativa, é preciso estabelecer como esse postulado serve de ferramenta para mensurar os standards e com isso possibilitar a prolação de sentença justa e adequada.

Em suma: a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. [...] (BARROSO, 2017, p. 294-296).

Do trecho acima transcrito, contata-se que os *princípios da razoabilidade* e da *proporcionalidade*, base do *devido processo legal substancial*, desde sua origem, foram utilizados como instrumentos de controle de atos do poder público nos aspectos do meio utilizado e do fim a ser alcançado. Desse espectro e sua compreensão, buscase transpô-lo aos processos de competência do tribunal do júri com o fito de servir de ferramenta no controle de decisões proferidas em seu procedimento escalonado que antecede a fase do plenário.

Na verdade, os meios utilizados na produção de provas e sua finalidade dentro do espaço de ponderação entre os bens jurídicos em conflito (liberdade *versus* segurança pública) possivelmente irão definir o standard responsável pelo desiderato do processo naquela fase do procedimento; para ser mais claro e objetivo: os meios utilizados na produção de elementos cognitivos (razoabilidade) e a sua finalidade (proporcionalidade) sob uma perspectiva substancial poderão, como visto, auxiliar na prolação de sentença justa e adequada naquela fase do procedimento escalonado, contribuindo-se, inclusive, para a segurança jurídica diante de referencial teórico proposto neste estudo científico.

O devido processo legal material ou substantivo (*substantive due process of law*), de desenvolvimento mais recente, sobretudo na doutrina e jurisprudência norte-americana, impõe a justiça e razoabilidade das decisões restritivas a direitos. Vale dizer, parte do pressuposto de que não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a serem tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 704).

Para que o devido processo legal substantivo seja, de fato, concretizado em casos reais, será imprescindível uma interpretação axiológica dos meios utilizados na produção de elementos cognitivos e o respectivo fim, permitindo-se, à vista disso, que *o aspecto qualitativo prevaleça sobre o quantitativo*. Antes, porém, dessa interpretação valorativa ser realizada, faz-se imprescindível definir os postulados da razoabilidade e proporcionalidade porque constituem as bases do devido processo legal substancial, doravante referencial teórico

dos standards probatórios dessa fase procedimental dos processo de competência do tribunal do júri.

Além das argumentações tecidas neste tópico sobre o devido processo legal no prisma substancial, resta ainda asseverar que sua aplicação somente deverá ampliar e garantir direitos nas esferas individuais, seja da liberdade, vida, propriedade, ou melhor, não poderá ser invocado em nome da coletividade para intervenções desnecessárias ou excessivas, a exemplo do que acontecia com decisões de pronúncia fundamentadas na máxima do *in dubio pro societate*.

A ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado é decorrência da compreensão autêntica do devido processo legal substancial. Dialeticamente se analisa, caso a caso, as consequências da ação Estatal a partir dos efeitos sobre a vida, propriedade e liberdade do sujeito, tanto na perspectiva formal como material. Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o que deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No processo penal, diante do princípio da legalidade, a ampliação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais. (ROSA, 2014, p. 60-61).

Na verdade, a interpretação de preceitos normativos constituintes de um devido processo legal substancial é extremamente axiológica (valorativa) e permite um ajuste e gradação adequada do princípio constitucional da presunção de inocência em casa etapa do processo.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O princípio do devido processo substancial encontra-se nos artigo 5º, incisos LIV e LV c.c o art. 3º, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988, e revela um direito fundamental de qualquer pessoa não ser presa ou privada de seus bens, sem a devida tramitação de processos com todas as garantias fundamentais. Nessa vertente, a garantia fundamental apresenta dois outros postulados importantes, quais sejam, a *razoabilidade* e a *proporcionalidade*, doravante destinados a possibilitar a concretização da essência de dispositivos constitucionais e legais nos moldes estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Este o devido processo legal, hoje incorporado não apenas na nossa Lei Maior, mas em todas a Constituições dos Estados contemporâneos. O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, Juiz natural, imparcialidade do Julgador, direito às vias recursais, proibição da *reformatio in pejus*, respeito à coisa julgada (*ne bis in idem*), proibição de provas colhidas ilícitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 26).

A razoabilidade consiste no equilíbrio ou bom senso do *meio* a ser utilizado, *in casu*, para avaliar corretamente os elementos cognitivos de processo criminal, enquanto a proporcionalidade diz respeito a medida dessa prova concernente a sua finalidade no

procedimento escalonado do tribunal do júri, qual seja, fundamentar uma impronúncia, desclassificação, absolvição sumária ou pronúncia. Nas situações exemplificativas anteriormente descritas neste artigo, como das testemunhas que tiveram ciência do fato, objeto de processo criminal, “por ouvir dizer” em comparação com aquela ou aquelas testemunhas “presenciais”, é razoável atribuir maior valor a última categoria de provas, notadamente quando em harmonia com as demais peças informativas constantes dos autos e pela racionalidade do meio. Uma pessoa que presencia um fato, por óbvio, tem muito mais condições em descrevê-lo mais próximo da realidade do que outros cientes dele por meio de palavras de terceiros, cuja chance de ilações ou boatos, indiscutivelmente, são maiores.

Nesta situação usada como exemplo, a razoabilidade consiste no meio de aferir os depoimentos, qual seja, se colhidos por meio de testemunhas presenciais ou não, ouvidas em juízo ou não devido ao contraditório, ampla defesa, presença de advogado, oportunidade de formular perguntas, enfim, de contraditório pleno, enquanto a medida desse valor, isto é, da proporcionalidade, advém de cada caso em concreto e de suas peculiaridades, como visto no exemplo.

Durante o exame do caso, pode-se usar postulados no intuito de aquilatar, com maior exatidão, o standard presente em determinado processo criminal, assim, cita-se a *necessidade ou exigibilidade* como uma medida restritiva de direito que somente deverá ser adotada quando não for possível outra, tornando-se indispensável. A *adequação* diz respeito ao meio utilizado ser capaz de atingir o fim colimado. E por último, a *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, além da medida ser necessária, adequada, o ato praticado deverá compensar o afastamento de restrições presentes em outros valores constitucionais; seria o custo e benefício da medida praticada. (LENZA, 2017, p. 1131).

Compreendido o estudo realizado até esse trecho do trabalho, nota-se não ser suficiente a simples fixação de *referencial teórico* como limite para o efetivo controle de decisões judiciais em diversas fases percorridas pelo processo penal durante o seu curso e finalidades. Isso ocorre porque a motivação do veredicto será *subjetiva*, logo, é preciso,

antes de tudo, que o raciocínio decisório siga um critério específico ou lógico, notadamente quanto a forma de interpretação ou valoração das provas seguindo-se as diretrizes do standard probatório.

O controle decisório pela motivação subjetiva restará substituído por outra motivação que, destituída de uma modelação mais rígida de constatação probatória, resulta caracterizada pelo mesmo aspecto daquela revista, apenas com maior força autoritária em decorrência da hierarquia jurisdicional e da colegialidade. Por outro lado, os modelos de constatação ou standard probatório possuem a função de fixar balizas ou limites ao grau de comprovação do enunciado fático, com o fim último de criar maior segurança e legitimidade decisória quando especificam o nível de prova exigido para os diversos tipos de processo, devendo ser reconhecidos como um exemplo de limite ao livre convencimento do julgador, a partir dos efeitos decorrentes de outras garantias fundamentais e com características epistêmicas que já foram referidas. [...] Porém como afirmado em outra oportunidade, estabelecer um standard probatório pode significar apenas uma regra mística de repetição jurisprudencial se o raciocínio decisório não seguir um critério específico. Por outras palavras, não é o standard de prova que constitui a clareza do raciocínio sobre ao percurso realizado na valoração da prova, mas apenas em esforço sintetizado para complementar esse raciocínio. (SAMPALHO, 2022, p. 385-386-387).

O grau de exigência do standard, por si só, não permite o devido controle das decisões judiciais nesta etapa do processo, logo, além do padrão de conjunto probatório para admissibilidade de acusado ser julgado perante o tribunal do júri, é imprescindível o *critério valorativo* utilizado pelos juizes ao proferir essa decisão. Assim, a interpretação axiológica de preceitos legais e elementos cognitivos

produzidos durante a perseguição penal em curso, seguindo-se as diretrizes fornecidas pelo standard da preponderância de provas incriminatórias, certamente trará segurança jurídica e assertividade as decisões proferidas nesta fase processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas busca de referencial teórico destinado a delinear critérios mais objetivos na aferição de elementos cognitivos ao final da instrução de processos de conhecimento da competência do tribunal do júri, o princípio constitucional do devido processo legal na esfera substancial serviu de hipótese científica para o enfrentamento de casos reais, embasado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na pacificação desses conflitos.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha estabelecido como limite o standard probatório da preponderância de provas incriminatórias para uma pronúncia, a prática tem demonstrado a necessidade urgente de referencial teórico que possa, acima de tudo, fundamentar decisões mais justas e adequadas aos casos em pacificação, sem prejuízo da segurança jurídica advinda de possível uniformidade a se formar nos tribunais devido ao duplo grau de jurisdição.

Durante o presente estudo, foram descritas várias situações-problemas em que aferição de elementos cognitivos por meio do devido processo legal substancial, através dos princípios implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, segundo critérios da necessidade, adequação e custo-benefício, restou evidenciado que o fator *qualitativo* deverá se sobrepôr ao *quantitativo*, pois o conteúdo de provas produzidas mediante a observância de garantias fundamentais enseja, sem dúvidas, a prolação de decisões mais justas, humanas e fraternas.

Para que isso seja possível, uma série de garantias constitucionais deverão ser observadas durante o tramite da *persecutio criminis*, ou melhor, desde a fase inquisitiva do inquérito policial até a instrução

em juízo; direitos como o de não autoincriminação, reconhecimento, perícias, laudos, reconstituição de fato, à mingua de garantias durante o curso do processo de conhecimento integram o devido processo legal que, na esfera substancial, requere não apenas o cumprimento de formalidades, mas sim a efetividade de garantias fundamentais, conforme exemplificado e comentado durante esta pesquisa.

A substância ou conteúdo deverá ser mensurada de acordo com as garantias fundamentais e regras do ordenamento jurídico infraconstitucional para ter legitimidade e validade plena, conferindo-se higidez a todo o processo e procedimento sob uma perspectiva humanista.

A expressão *preponderância de provas incriminatórias*, como visto, deverá ser interpretada de forma axiológica, em outras palavras, no sentido de avaliar os elementos cognitivos em sua essência, afastando-se o critério quantitativo que, indene de dúvidas, poderá levar o intérprete a equívocos e prejudicar os direitos fundamentais de acusados em processos de competência do tribunal do júri.

Desse modo, a preponderância de elementos cognitivos necessários a decisão de pronúncia necessita, como analisado durante este trabalho científico, de *prevalência qualitativa de provas lícitas no sentido da imputação descrita na denúncia, tornando-se o referencial teórico de standards probatórios produzidos em processos dessa natureza*.

BIOGRAFIA DO AUTOR:

José César Naves de Lima Júnior

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões – UAL (Portugal), Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Associação Goiana de Ensino – Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas, Especialista em Ciências Penais pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado do Pantanal (UNIDERP), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e Professor de Criminologia, Direito Processual Penal, Direito Processual Constitucional e de Grupos Socialmente Vulneráveis da Universidade do Cerrado em Goiatuba-GO (UNICERRADO).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Manual do Júri. Teoria e Prática**. 3ª edição revista e atualizada. Leme (SP): JH Mizuno, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2010.

GOMES, Márcio Schlee. **JÚRI. Limites Constitucionais da Pronúncia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LIMA JÚNIOR, José César Naves de. **Dosimetria da Culpa: caminhos para elaboração de uma sentença criminal**. 3ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro**. A prova no processo penal. Coordenação Guilherme Brenner Lucchesi. Organização Luísa Walter da Rosa. Florianópolis-SC: emais editora, 2023.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2ª Edição. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas-SP: Bookseller Editora, 2001.

MENDES, Gilmar. **Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri**. Consultor Jurídico. Boletim de Notícias. <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio/> acesso em 22 de julho de 2024.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias Fundamentais na Área Criminal**. Barueri, SP: Manole Editora, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **TRIBUNAL DO JÚRI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **TRIBUNAL DO JÚRI. Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

ROQUE, Fábio. TÁVORA, Nestor. **Código de Processo Penal**. 5ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da Prova Penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. Florianópolis-SC: emais editora, 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

A SELETIVIDADE PENAL DAS TRANS: REFLEXÕES ACERCA DA ABORDAGEM POLICIAL À CONDENAÇÃO JUDICIAL

*Pedro Ferreira*⁵

Resumo

Este capítulo busca explorar a forma pela qual o sistema penal percebe e trata mulheres transexuais e travestis, partindo da hipótese de que, além de fatores como raça e classe social, a identidade de gênero também é um atributo que serve de impulso para a seletividade penal de determinados grupos. O texto, preliminarmente, contextualiza historicamente a criminalização da transgeneridade e, em seguida, analisa a maneira como os agentes públicos tratam essa população, desde a abordagem policial até a condenação ou absolvição. Por fim, explora-se a relação entre a prostituição e a criminalização dessas pessoas. A pesquisa adota a técnica de análise documental, sendo fundamentada nas teorias de Guilherme Gomes Ferreira, Julia Silva Vidal, Don Kulick e Michel Foucault.

Palavras-Chave: transexual; travesti; seletividade penal; prostituição.

Abstract

This chapter seeks to explore the ways in which the criminal system perceives and treats transgender women and travestis, based on the hypothesis that, in addition to factors such as race and social class, gender identity also serves as an impetus for the criminal selectivity of certain groups. The text initially provides a historical context for the criminalization of transgender identities and then analyzes how public agents treat this population, from police approaches to conviction or acquittal. Finally, it explores the relationship between prostitution and the criminalization of these individuals. The research employs

⁵ Doutorando em Criminologia, Estudos Étnicos-Raciais e de Gênero pela Universidade de Brasília (UnB). Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

document analysis techniques, grounded in the theories of Guilherme Gomes Ferreira, Julia Silva Vidal, Don Kulick, and Michel Foucault.

Keywords: transgender; travesti; criminal selectivity; prostitution.

INTRODUÇÃO

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 130), renomado criminólogo argentino, sustenta a tese de que os estereótipos facilitam a categorização de criminosos que se encaixam na imagem construída a partir de descrições preconcebidas, excluindo, assim, outros tipos de infratores, como os envolvidos em crimes de colarinho branco. A partir dessas premissas, pode-se inferir que o sistema penal, de maneira recorrente, não seleciona os indivíduos pelos crimes efetivamente cometidos, mas sim por fatores inerentes à pessoa.

Nessa perspectiva, este texto propõe-se a compreender a forma pela qual o sistema penal⁶ percebe e trata mulheres transexuais e travestis, partindo da hipótese de que, além de fatores como raça e classe social, a identidade de gênero também é um atributo que serve de impulso para a seletividade penal de determinados grupos.

Para explorar essa questão, pretende-se, preliminarmente, apresentar um breve contexto histórico da criminalização da transgeneridade. Na sequência, será analisada a forma como os agentes públicos lidam com as mulheres transexuais e travestis antes do encarceramento, isto é, da apreensão pela polícia até a prolação de decisão condenatória ou absolutória. Por fim, será explorada a relação da prostituição com a criminalização dessa população.

A abordagem deste capítulo recorre-se à técnica de análise documental, visando proporcionar uma reflexão sobre a seletividade penal de mulheres transexuais e travestis. Ademais, o estudo é sustentado por um referencial teórico-metodológico embasado nos

⁶ Segundo Nilo Batista (2007), o sistema penal é o agrupamento de três instituições responsáveis por realizar o direito penal: instituição policial, instituição judiciária e instituição penitenciária.

aportes de Guilherme Gomes Ferreira, Julia Silva Vidal, Don Kulick e Michel Foucault.

1. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSGENERIDADE

A seleção das mulheres transexuais e travestis pelo sistema penal decorre de uma associação entre transgeneridade e desvio/anormalidade que foi solidificada no século XIX, quando ainda sequer havia a categorização de “transexuais” e “travesti”⁷.

No século XIX, as condutas sexuais deixaram de ser geridas pela religião para serem dominadas no âmbito científico, que passou a adotar uma postura higienista. Diante disso, os atos sexuais e afetivos entre pessoas do mesmo gênero deixaram de ser simples práticas para serem classificados como homossexualismo. Nesse contexto, as pessoas que se relacionavam com outras do mesmo gênero passaram a compor um grupo específico a ser tutelado pelas ciências médica e jurídica, sendo aquela responsável por curar e esta por punir em caso de reincidência e resistência (Moreira, 2012). Nesse seguimento, Foucault afirma que

[...] Esta nova caça às sexualidades periféricas provoca a *incorporação das perversões* e *nova especificação dos indivíduos*. A sodomia — a dos antigos direitos civil ou canônico — era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. [...] A homossexualidade apareceu como uma das figuras

7 Como os(as) transexuais e as travestis não foram categorizados(as) no século XIX, os seus comportamentos foram classificados como de pessoas homossexuais. Sendo assim, as pessoas homossexuais do século XIX correspondem a todos os indivíduos que não seguem o arquétipo cisgênero e heterossexual.

da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie. (Foucault, 1988, p. 42).

Nesse sentido, a atuação da medicina foi fundamental para classificar a conduta homossexual, classificação esta subsidiada pela opinião dominante, que planejava garantir a pureza moral e vitalidade física do meio social. Para tanto, “prometia eliminar os portadores de taras, os degenerados e as populações abastardadas. Em nome de uma urgência biológica e histórica, justificava os racismos oficiais, então iminentes. E os fundamentava como ‘verdade’”. (Foucault, 1988, p. 53). Esse processo de higienização do corpo social, que resultou no controle social, jurídico, médico e familiar da sexualidade, foi responsável por inferiorizar o valor humano das pessoas LGBT+.

Nessa perspectiva, a imposição do status de desviante às pessoas LGBT+ é fruto de “estratégias históricas de poder, de manutenção e de repetição da norma tradicional naturalizada como heterossexual”. (LOPES, 2015, p. 9). Com o escopo de garantir a perpetuação da matriz heterossexual, foram registradas diversas práticas de vigilância, repressão e violência contra os indivíduos que fugiam do padrão heterossexual e cisgênero. (GREEN, 2000). Para exercer esse controle, de forma legal, sobre os corpos considerados desviantes, o Estado adequou o sistema penal para criminalizar as pessoas que se afastavam do padrão cisgênero e heterossexual.

Em 1890, o Código Penal criminalizou atos praticados em lugares públicos que ofendiam a moral e os bons costumes (ultraje ao pudor), assim como o fez o Código Criminal de 1830. Para mais, tipificou como crime a utilização de nome trocado e o ato de vestir roupas do gênero diverso ao atribuído no nascimento. Por fim, criminalizou as ocupações consideradas ofensivas à moral e aos bons costumes

(vadiagem), como a prostituição, uma atividade exercida por muitas trans⁸.

Em 1940, o Código Penal publicado manteve o crime de ultraje ao pudor, porém revogou os delitos de disfarce de sexo e vadiagem, sendo este último convertido em contravenção penal em 1941. O Código Penal de 1940, ainda vigente, não sofreu alterações que impactassem diretamente a população LGBTQ+. Apesar disso, o período da ditadura militar acentuou os mecanismos de repressão e tortura dirigidos a esse grupo. Anyky Lima, ativista trans, relatou à pesquisadora Júlia Vidal (2020) sobre sua experiência durante a ditadura militar:

‘se você me perguntar como eu sobrevivi eu não vou saber te explicar’. O motivo da prisão poderia ser qualquer um, ‘prendiam só por prender, pra lavar banheiro, pra desfilarem para os policiais’, mas ‘quem sofria mesmo eram as travestis negras, nós, brancas, éramos retiradas das ruas para servir os policiais e as negras apanhavam’. Já com o corpo modificado pelo uso de hormônios, Anyky conta que os policiais colocavam as travestis enfileiradas na parede, pegavam jornal e colocavam fogo na ponta e passavam na perna de cada uma, tudo isso só pra ver ‘quem usava meia fina’. (Vidal, 2020, p. 56).

Diante do relato, observa-se que o sistema penal era empregado para reprimir e prender as pessoas que não se enquadravam no arquétipo cisgênero e heterossexual (Vidal, 2020, p. 51). Nesse sentido, Don Kulick afirma que:

[...] durante o regime militar era impraticável para as travestis aparecerem publicamente na rua em trajes femininos. Os indivíduos do sexo masculino que se arriscavam eram presos e muitas vezes submetidos

⁸ O termo “trans” utilizado nesta pesquisa refere-se às mulheres transexuais e às travestis

a longas sessões de humilhação e tortura, como por exemplo serem obrigados a sentar sobre um cassete dentro de um camburão da polícia enquanto o veículo rodava em alta velocidade por ruas totalmente esburacadas. (KULICK, 2008, p. 151).

Esse contexto de violência demonstra que a rotulação dos homossexuais como desviantes obteve força suficiente para repercutir até os dias atuais. Afinal, no século XXI, indivíduos LGBTQ+ ainda são perseguidos e, muitas vezes, mortos em razão da homotransfobia. Além de não ter a devida proteção estatal, essa comunidade é criminalizada pelo próprio Estado, como é possível perceber na seletividade penal, principalmente de mulheres transexuais e travestis.

Isto posto, constata-se que “se os homens definem situações como reais, elas são reais em suas consequências” (Thomas; Thomas, 1928, p. 572 apud Becker, 2008, p. 12). A partir dessa ideia, revela-se que a sociedade burguesa ditou uma sexualidade padrão, inserindo a homossexualidade no status de anormalidade, desvio, patologia, perversidade e crime. Como consequência, perpetuou-se um contexto de violência, patologização e criminalização dessa comunidade, que perdura até os dias atuais, mesmo após dois séculos do contexto construtivo dessa estigmatização.

Após esta breve análise do contexto histórico da criminalização da transgeneridade, a próxima seção explorará a forma como mulheres transexuais e travestis são selecionadas pelo sistema penal, com especial ênfase na atuação dos policiais civil e militar.

2. A ATUAÇÃO DAS POLÍCIAS CIVIL E MILITAR NA SELETIVIDADE PENAL DAS TRANS

A pré-seleção de quais pessoas serão ou não encarceradas é comumente realizada pela Polícia Militar. No caso das trans, os policiais, sistematicamente, não apenas as criminalizam, mas também as assediam, violentam e matam. A perseguição contra essa

população, apesar de ter diminuído nos últimos anos, ainda persiste, como é possível notar no relato de Luísa, entrevistada pelo pesquisador Guilherme Gomes Ferreira:

Em relação à polícia, já foi bem pior. Em épocas mais antigas, década de 1990, 1980, 1970, ser travesti era quase um crime. Apesar de não estar tipificado, mas era tratado pela polícia como se fosse. Eram tempos que não se tinha a possibilidade de fazer cirurgia, de fazer tratamento hormonal, e que não tinha como mudar o corpo, tinha que se montar mesmo pra ir pra rua, a travesti não podia sair vestida de mulher pra rua durante o dia. Só de noite e nos pontos de prostituição, porque se saísse de dia ou apanhava ou ia presa. Isso mudou, embora polícia seja sempre polícia e trate mal as pessoas menos favorecidas, conseguiu – aqui em Porto Alegre e em diversos outros lugares – se criar uma situação mais respeitosa; não totalmente, mas bem melhor do que era antes. (*sic*) (Ferreira, 2018, p. 122).

Luísa relata que, nas décadas de 1970, 1980 e 1990, as travestis somente podiam sair “vestidas de mulher” à noite e nos pontos de prostituição, mas que, ainda assim, estavam suscetíveis à violência policial. Quanto a esse ponto, vale ressaltar, ainda, o relato do pesquisador Don Kulick (2008, p.49), que conta, em sua obra “Prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil”, que até “o início dos anos 90, as travestis saíam a noite para as ruas, mas sem saber se voltariam no dia seguinte. Elas podiam ter quase certeza, no entanto, de que seriam presas pela polícia militar”. O autor descreve em detalhes as cruéis cenas de tortura vivenciadas por muitas travestis no município de Recife, PE, incluindo o fato de serem obrigadas, por parte dos policiais, a retirarem suas próprias roupas e, em seguida, a lutarem entre si.

Esse cenário perverso de violência policial, embora tenha se amenizado após a ditadura militar, ainda persiste, sobretudo quando se trata de travestis e mulheres transexuais que estão inseridas no universo da prostituição. Nesse sentido, Don Kulick (2008, p.50) afirma ter presenciado “episódios em que policiais militares passavam furtivamente pela rua, em carros escuros, rugindo ameaças tenebrosas às travestis que faziam ponto na calçada”. Em certa oportunidade em que isso ocorreu, Kulick relata que ficou apavorado e decidiu fugir com algumas travestis e que, após algum tempo, viu dois policiais militares desferindo golpes de cassetete na barriga de uma travesti que estava em outro grupo.

Além da violência física e verbal, há também relatos de trans que foram vítimas de violência sexual praticada pela polícia. Amanda, uma das travestis entrevistadas pela pesquisadora Maria Júlia Leonel Barbosa (2016), relata que já foi estuprada coletivamente por policiais mais de uma vez.

A violência física, verbal e sexual contra travestis e mulheres transexuais praticadas por policiais persevera, possivelmente, porque muitas trans não noticiam o crime perante a delegacia, que é um lugar, geralmente, hostil para elas. Além disso, quando as trans decidem realizar o Registro de Eventos da Defesa Social (REDS), conhecido popularmente como Boletim de Ocorrência, as investigações, muitas vezes, são precárias. Sérgio Carrara e Adriana Vianna relatam, em suas pesquisas, exemplos de descasos da polícia para identificar testemunhas ou para apurar as causas do crime, como no caso de uma trans, que foi assassinada com três tiros, enquanto se encontrava em uma casa na companhia de dois homens. Apesar de ambos terem sido identificados, nenhum deles foi convocado para prestar depoimento. (Carrara; Vianna, 2006).

Outro motivo que justifica a continuidade de atos violentos dos policiais contra travestis e mulheres transexuais é o fato de que quando esses agentes são condenados, a decisão pode não os penalizar devidamente. Um exemplo dessa situação é o de um policial do Rio de Janeiro que assassinou Vanessa e foi condenado, pela primeira

instância da Justiça Militar, a uma pena de privação de liberdade de 12 anos. Tendo sido a sentença apelada, o Tribunal de Justiça Militar reduziu a pena para 6 anos. Além desse caso, esse mesmo policial foi acusado pelo assassinato de mais cinco travestis, que foram baleadas no rosto e tiveram seus órgãos genitais amputados. (Folha de São Paulo, 1994, p. 48).

A aplicação da pena de 12 anos de prisão ao ex-soldado da polícia militar pela primeira instância se deu em razão de o crime ter sido considerado qualificado, já que a vítima não teve chance de defesa. Ocorre que, em segunda instância, entendeu-se que não houve motivo para ensejar a qualificadora, com a seguinte justificativa: “a atividade a que se dedicava a vítima era de alto risco, perigosíssima pois, não lhe socorrendo assim, o fator surpresa” (Folha de São Paulo, 1994, p. 48).

A justificativa para o afastamento da qualificadora fundamentou-se no argumento de que, ao se envolver na prostituição, Vanessa assumiu o risco inerente a essa atividade, que é, por sua natureza, perigosa, e, em vista disso, não haveria nenhuma surpresa caso fosse auferida por tiros, como de fato ocorreu. Essa interpretação judicial fortalece a representação social de que as trans são causadoras da própria morte, desviando o foco daqueles que de fato praticaram a conduta delituosa (Vidal, 2019b).

É de se ressaltar, aliás, que, apesar de a prostituição colocar as trans em situações de violência, “a atividade da vítima (travesti) não pode determinar a qualidade do ato do réu”, conforme asseverou o professor Goffredo da Silva Telles Junior, ao comentar o caso do assassinato de Vanessa (Folha de São Paulo, 1994, p. 48).

Depreende-se, a partir do caso de Vanessa e de outros demonstrados anteriormente, que a violência praticada por policiais contra travestis e mulheres transexuais, em sua maioria, ocorrem contra aquelas que exercem a prostituição. Essa atividade, portanto, “hiperprecariza” as vidas das trans por torná-las mais suscetíveis ao “hiperpoliciamento”, que, além de perversamente violento e criminoso, é também criminalizante.

Nesse contexto, é importante destacar que a maioria das mulheres trans e travestis que exercem a prostituição são negras ou pardas, além de pertencerem a classes sociais mais baixas. (Ferreira, 2018). O fato de elas estarem exercendo uma atividade não regulada juridicamente somado aos fatores raciais, de classe e de identidade de gênero, faz com que o policiamento seja intensificado. Isso porque seria como se a polícia estivesse combatendo diversos males de uma só vez: a prostituição, a pobreza, o desvio de gênero e a negritude.

O “hiperpolicamento” pode ser observado pelo relato de Sarah, uma trans que trabalhava com prostituição e que, em dado momento, buscou apoio jurídico na Divisão de Assistência Judiciária, da Faculdade de Direito da UFMG. Durante o atendimento, ela asseverou: “todas as noites quando saio para trabalhar sou parada por polícias, no mínimo 1 vez por noite, sabe? E sempre meu nome era jogado no sistema para conferir alguma coisa... Morria de medo de ir presa” (*sic*) (Vidal, 2019a, p.4).

Além do “hiperpolicamento” nas regiões de prostituição das travestis, a seletividade penal também pode ser observada na fase do inquérito policial, como é possível notar no relatório do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (NUH) sobre inquéritos policiais envolvendo travestis e transexuais no estado de Minas Gerais, com um recorte do período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015 (Prado, 2018).

O NUH analisou inquéritos policiais em que as trans eram supostas autoras, testemunhas e/ou vítimas de homicídios em Minas Gerais. Quanto aos casos em que elas figuraram como autoras, percebeu-se que, nas peças, a travestilidade não foi utilizada apenas para identificá-las, mas também como um meio “qualificador moral, determinista e prescritivo” (Prado, 2018, p. 56). Denominá-las, então, como travestis é uma maneira de propiciar o diagnóstico de que provavelmente são criminosas, já que os meios onde geralmente elas circulam (pontos de prostituição) estão associados à criminalidade. Ademais, percebeu-se, por meio da análise dos inquéritos, que a

palavra “travesti” não foi utilizada como identidade, mas sim como categoria profissional, utilizando-a como sinônimo de “prostituta”.

Para mais, evidenciou-se elevado empenho investigativo para criminalizar as trans, como ocorreu no caso de uma travesti que estava sendo investigada por homicídio consumado. Durante o depoimento, ela

[...] alegou que havia combinado o programa e realizado sexo oral em O., em seguida, quando este soube que ela era travesti disse que não iria pagar porque “não pagava mulher quanto mais homem”. B. afirma que agiu em legítima defesa, pois O. pegou uma foice para agredi-la com a intenção de matá-la. (Prado, 2018, p. 34).

Nesse caso, a travesti alegou que havia empurrado seu cliente em legítima defesa, o que coincidiu com o relato da filha do mesmo, que testemunhou ter encontrado o pai morto segurando uma foice. A alegação também encontrou amparo na perícia, a qual atestou que a travesti contava com perfurações nas mãos e na cabeça (Prado, 2018). Na Medicina Legal, perfurações nas mãos são denominadas como “lesões de defesa”, demonstrando que, de fato, o cliente a atacou.

Nesse caso investigativo houve um elevado número de oitivas, tendo sido ouvidas 11 pessoas, incluindo algumas que não tinham nada a colaborar com o caso, tendo seus depoimentos sido considerados irrelevantes para apuração do crime. O delegado acabou por indiciar a travesti por homicídio consumado antes mesmo de o laudo de necropsia ter sido concluído, não tendo sido sequer consideradas as lesões de defesa. Assim, em menos de 15 dias, a contar do início do procedimento do inquérito policial, o relatório foi finalizado. Após 4 meses, a travesti foi julgada e condenada.

Esse empenho investigativo é diferente quando as trans são vítimas, como no caso de Juliana, que foi assassinada e, mesmo após 2

anos e 7 meses do crime, apenas uma pessoa havia sido intimada para prestar depoimento. (Prado, 2018).

Diante do exposto, os casos brevemente apresentados nesta seção demonstraram que, quando uma pessoa trans é supostamente autora de um crime, seu depoimento frequentemente carece de credibilidade. Para mais, é notável maior empenho investigativo para criminalizar essa população. Em contrapartida, quando as trans são vítimas, é perceptível o pouco desempenho investigativo.

Além da seletividade penal de mulheres transexuais e travestis estar presente no “hiperpolicimento” dos espaços de prostituição e na formação dos inquéritos policiais, também resta evidente em decisões judiciais, as quais serão abordadas na seção a seguir.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SELEÇÃO PENAL DAS TRANS

A seletividade penal no Poder Judiciário foi averiguada por Victor Siqueira Serra (2018), Simone Becker e Hisadora Beatriz Gonçalves Lemes (2014), que realizaram pesquisas etnográficas, respectivamente, no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS).

Simone Becker e Hisadora Beatriz Gonçalves Lemes (2014) coletaram 23 julgamentos referentes ao período de 2002 a 2011. Para tanto buscaram o termo “travesti” no setor de jurisprudência do site do TJMS. Desses casos, todos estavam na seara criminal, situando a travesti como vítima ou suposta autora de crimes. Isso demonstra que essa população infrequentemente apresenta demandas no âmbito civil, o qual é responsável por resolver situações cotidianas que demarcam a cidadania, como ações consumeristas, indenizatórias e obrigacionais. Essa observação demonstra que as travestis figuram, majoritariamente, no Judiciário, em cenários de criminalidade, seja como autoras, seja como vítimas, o que corrobora com a constante associação desse grupo à marginalidade.

Nos 23 julgamentos criminais coletados pelas referidas autoras, em apenas 4 (quatro) as travestis figuravam como vítimas, sendo que todos esses casos tratavam-se de homicídio consumado ou tentado. Nos demais processos, elas estavam como supostas autoras de crimes, em virtude de roubo, tráfico de drogas ou lesão corporal.

Becker e Lemes não analisaram os julgados em que as travestis figuravam como supostas autoras, mas sim apenas os quatros julgados referentes aos homicídios que vitimizaram essa população. Apesar disso, a pesquisa foi importante para revelar a diferença do número de casos que colocam as travestis como vítimas ou autoras de crimes, para ratificar a ideia de que, no Judiciário, há a “lógica prevalente das travestis enquanto sujeitos ativos no e do ‘crime’” (Becker; Lemes, 2014, p. 188).

Diferentemente de Becker e Lemes, Victor Siqueira Serra (2018) não analisou apenas os acórdãos referentes aos crimes que vitimizaram as travestis, mas também aqueles em que elas constavam como supostas autoras. Dos 100 acórdãos examinados, as travestis figuravam como réis ou corrés em 46 e, como vítimas, em 16. Nos outros 38 casos, elas participaram como testemunhas (5), bode expiatório⁹ (19) ou eram apenas mencionadas (16). Percebe-se que o número de decisões em que as travestis figuravam como supostas autoras de crimes foi três vezes maior que a quantidade de casos em que elas apareciam enquanto vítimas. Essa observação demonstra que existe consonância entre o TJSP e o TJMS quanto a elevada diferença dos números de casos que colocam as travestis como vítimas ou autoras de crimes.

A partir da análise dos acórdãos, é visível que os “estereótipos e expectativas sociais influenciam o processo jurídico”, repercutindo em legitimação e valoração de determinadas narrativas e provas, que colocam as travestis em posição de desvantagem (Serra, 2018, p.

⁹ Victor Siqueira Serra (2018, p. 36) nomeia como bode expiatório o caso de as travestis serem “mencionadas na defesa como responsáveis pelo crime, mas que não figuram no processo, ou por não terem sido encontradas ou porque os desembargadores decidiram que a versão apresentada pela defesa não era factível”.

106). Para demonstrar essa conjuntura na prática, comentarei sobre o acórdão 97, exposto na pesquisa de Victor Siqueira Serra (2018).

No referido acórdão, a ré estava sendo acusada de roubo, apesar de ter afirmado que o objeto apanhado era para pagar o serviço prestado (prostituição). Diante desse fato, seu advogado pediu a desclassificação do referido crime para que fosse considerado o crime de “exercício arbitrário das próprias razões” (artigos 345 e 346, CP). Diante dessa alegação, o Magistrado argumentou que

[...] como a tese foi levantada pela defesa, incumbia a ela demonstrar a veracidade desse fato, porém nada foi demonstrado. Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir. (Serra, 2018, p. 87).

Seria praticamente impossível a ré produzir provas nesse caso. Afinal, como provar que o trabalho sexual realizado não foi pago? Nota-se, então, que o Magistrado não considerou as dinâmicas e particularidades da prostituição ao exigir a produção de provas. Em casos como esse é comum ter-se apenas as narrativas da suposta vítima, da ré e da polícia, a qual, geralmente, não está presente no momento dos fatos e somente lavra o boletim de ocorrência. Diante desse caso, percebe-se que, para o Magistrado, as palavras da suposta vítima e do policial formaram uma prova consistente em detrimento da narrativa da travesti. Portanto, é notável que os relatos da ré não possuíram “credibilidade e demandam comprovação, ao mesmo tempo em que transforma os homens em vítimas e suas narrativas, mesmo quando frágeis ou contraditórias, são legitimadas”. (Serra, 2018, p. 88). Essa situação se repetiu em outros acórdãos apresentados pelo pesquisador Victor Siqueira Serra (2018), como o de nº46.

O caso do acórdão 46 tratou-se de uma travesti suspeita de roubar oitenta reais. Ela negou ter praticado o crime e disse que a polícia a abordou quando já havia finalizado o programa com o ofendido. Ela asseverou que o delito, na verdade, fora praticado em concurso de

pessoas pelo outro interrogado e outra pessoa, que não ela. (Serra, 2018).

A suposta vítima, entretanto, ofereceu outra versão ao afirmar que a travesti, juntamente com outro homem, anunciou o roubo. O “ofendido” enunciou também que quando percebeu que os dois não estavam armados, reagiu. Diante disso, os autores do delito fugiram e, por isso, foi possível comunicar a polícia, que, após realizar a busca pela localidade, encontrou a ré quinze minutos após a prática do roubo. Todavia, o dinheiro não foi encontrado. (Serra, 2018).

Diante da divergência das narrativas expostas acima, o Tribunal decidiu que:

Nesse contexto, não há que se falar em insuficiência ou fragilidade de provas, correta a condenação do apelante pelo roubo, pois fundada em prova oral coligida. [...] **A palavra da vítima, no caso, assume papel preponderante e goza da presunção da veracidade**, assumindo especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo total crédito, não sendo crível que alguém incrimine inocente que não conhece e sem motivos, daí porque os seus relatos merecem todo o crédito, porque não teriam elas qualquer proveito em mentir. Nada há nos autos a indicar que a vítima e a testemunha tivessem qualquer razão ou motivo lógico para atribuir falsamente ao réu a autoria dos fatos. (Serra, 2018, p. 61, grifo meu).

Perante essa decisão, é notável, mais uma vez, que o TJSP deslegitima e desvaloriza determinadas narrativas a depender da pessoa que as contam, como é o caso das travestis, que são constantemente associadas à criminalidade, sobretudo quando estão inseridas no universo da prostituição. Isso porque o trabalho sexual serve como dispositivo que reforça a criminalização, que está relacionada a não docilidade dos corpos das transexuais, das travestis e das prostitutas, como é possível observar na abordagem Foucaultiana:

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). (Foucault, 2014, p.135).

Dessa forma, quando a trans se prostitui, o seu corpo é duplamente não dócil, majorando a sua inutilidade ao sistema capitalista, o que justifica a criminalização e o conseqüente encarceramento dessa população. Afinal, a “prisão se tornou um buraco negro no qual são depositados os detritos do capitalismo contemporâneo”. (Davis, 2018, p.17).

Evidencia-se que tanto a seção anterior quanto a presente abordaram de maneira superficial a relação entre o exercício da prostituição por pessoas trans e a criminalidade. Na próxima seção, serão apresentados apontamentos mais específicos sobre essa questão.

4. PROSTITUIÇÃO E CRIMINALIDADE: UMA FORMA DE SUSTENTO E DE REAFIRMAÇÃO DA ESSÊNCIA FEMININA

As trans prostitutas adotam determinados comportamentos, que, quando visualizados por quem não conhece a dinâmica e as particularidades do trabalho sexual, pode considerá-los ilegais (Vidal, 2019b). Diante disso, será analisado esse contexto da prostituição, sendo importante, preliminarmente, explorar a conjuntura de vulnerabilidade imposta às transexuais e travestis, que acaba por introduzi-las no trabalho sexual.

A vulnerabilidade social e econômica vivenciada pelas travestis e mulheres transexuais é o principal motivo para esse grupo estar inserido na prostituição, que é, geralmente, a melhor opção, quiçá a única¹⁰, para garantir o próprio sustento.

A supramencionada vulnerabilidade é desencadeada por uma rede de exclusão, como o não acesso e permanência em ambientes escolares, o desemprego massivo e o afastamento familiar. Luma Nogueira de Andrade (2012), em sua tese de doutorado, demonstrou o número ínfimo de transgêneros nas escolas, o que coincidiu com os dados do projeto “Além do Arco-Íris”, vinculado ao Grupo Cultural AfroReggae (2013), os quais apontaram que cerca de 61,8% das travestis entrevistadas¹¹ concluíram no máximo o ensino fundamental e 78,9% não finalizaram o ensino médio. Como as mulheres transexuais e travestis, em regra, não têm acesso ou não permanecem nas instituições de ensino, a qualificação para o mercado de trabalho é quase inexistente. Esse cenário, somado à transfobia, indubitavelmente dificulta a empregabilidade dessa população.

Além da exclusão das instituições de ensino e do mercado de trabalho, há também, frequentemente, a exclusão do meio familiar. Muitas travestis e mulheres transexuais são expulsas de seus lares ou decidem sair do seio familiar transfóbico. Sem emprego e sem apoio da família, a prostituição é, comumente, o único meio para a trans garantir recursos para o próprio sustento. Mas não apenas isso, é também uma forma de explorar plenamente a sua essência feminina. Nesse sentido, aponta Don Kulick que

10 Segundo Bruna Benevides (2022), 65% das trans profissionais do sexo afirmaram que se tivessem outra opção não estariam na prostituição. Para mais, 23% assinalaram que continuariam se prostituindo mesmo com outras oportunidades. Por fim, 12% disseram que, mesmo empregadas, estariam na prostituição para complementar a renda. Esses dados asseveram que, para a maioria, a prostituição é a única opção para garantir o próprio sustento.

11 O grupo cultural AfroReggae (2013) entrevistou 76 prostitutas, sendo 72 travestis, 3 mulheres transexuais e 1 transformista.

[...] à medida que tais modificações vão se tornando mais aparentes, os meninos quase sempre são expulsos de casa ou a abandonam por livre iniciativa. Longe da família, eles estarão livres para explorar plenamente aquilo que sentem como sua natureza feminina. Acabam travando conhecimento com travestis mais velhas e experientes, e as vezes com amantes e clientes, pessoas que os irão aconselhar e ajudar na tarefa de se aperfeiçoar e de se completar como um ser feminino. (Kulick, 2008, p.65).

A prostituição, portanto, é o meio de adquirir recursos financeiros e de explorar a essência feminina. Mas, além disso, é uma atividade cercada de violência, que insere as trans em crimes, seja como vítimas¹², seja como criminosas. Como o propósito desta seção é abordar a seletividade penal, lidarei apenas com o contexto criminal da prostituição que coloca as trans como autoras de crimes.

Marcos Roberto Vieira Garcia coletou, por quatro anos, as narrativas de diversas travestis durante os atendimentos realizados na área de promoção de saúde, que ocorriam em uma instituição da rede estadual de saúde da região central de São Paulo. Em razão dos relatos prestados, o pesquisador pôde verificar que as travestis,

[...] isoladas de outros grupos sociais, sem relações de apoio, sem reservas financeiras adequadas para os períodos de menores ganhos, **elas se utilizavam dos roubos como estratégia frequente para possibilitar a satisfação**, na maior parte das vezes, **de necessidades imediatas, como alimentação e moradia.** (*sic*) (Garcia, 2007, p. 146, grifo meu).

Como a prostituição não é um trabalho regulamentado juridicamente, as prostitutas não possuem direitos trabalhistas. Com

¹² Em 2021, foram assassinadas 140 pessoas transgêneros no Brasil, dentre os quais 78% eram travestis e mulheres transexuais profissionais do sexo (Benevides, 2022).

isso, quando há poucos clientes, as trans ficam desamparadas jurídica e financeiramente. Sem dinheiro, apoio familiar e políticas públicas, uma maneira para garantir o próprio sustento é por intermédio da prática de crimes, como furto e roubo, que geralmente são realizados por meio de “grude”, “beijo” e “puxar a chave” (Garcia, 2007).

O “grude”¹³ ocorre quando a trans, por meio de escândalos¹⁴ e ameaças do uso de violência, exige do cliente um valor superior ao combinado. O “beijo”¹⁵ envolve o furto de dinheiro e/ou cartões de banco dos clientes, geralmente, durante o ato sexual. Por fim, “puxar a chave”¹⁶ é o ato de retirar rapidamente a chave de contato do carro, que somente é entregue por meio de pagamento. (Garcia, 2007).

Segundo Don Kulick (2008), esses crimes são mais frequentes quando a clientela diminui. Essa redução de clientes ocorre, por exemplo, quando a polícia persegue as travestis, expulsando-as dos pontos de prostituição mais costumeiros. O desfecho disso é impulsionar as travestis a praticarem crimes, já que elas necessitam de dinheiro e não sabem quando terão outros clientes.

Além de furtos e roubos, é também comum no meio da prostituição o tráfico de drogas. Sobre esse assunto, Sérgio Carrara e Adriana Vianna (2006, p.238) relatam, em sua pesquisa, o caso de

13 “Grudar” tem outras denominações, como “tomar no grito”, “pegar na tora” e “dar o gogó”. (Kulick, 2008).

14 O escândalo para se conseguir mais dinheiro do cliente “consiste em insultos e ofensas feitos aos berros” (Kulick, 2008, p. 167). Além disso, segundo Kulick (2008), “fazer escândalo” têm denominações específicas, como “fazer um rebuceté” ou “dar um show”.

15 Segundo Kulick (2008, p. 167), existem diversas outras gírias para a modalidade do “beijo”, como “bater carteira”, “dar a Elza”, “dar uma churreada” e “dar uma dedadinha”. O autor relata que já presenciou esse ato, que ocorreu em segundos. “Para conseguir, ela primeiro manteve o cliente distraído apalpando o pênis dele com uma das mãos (enquanto o roubava com a outra); depois virou-se de costas para ele, esfregando o traseiro na altura da pélvis dele (enquanto examinava o conteúdo da carteira); enfim, virou-se novamente de frente e recomeçou a massagear o pênis dele (enquanto recolocava a carteira de volta no bolso)”.

16 Kulick (2008, p. 167) também cita a modalidade de “puxar a chave” através do caso da Cíntia, uma travesti de 19 anos, que relatou o seguinte: “quando eu chego num, aí ele me pegou num lugar e deixou eu em outro. Ai quando ele parou o carro, eu disse, não, ‘mas me dê mais um dinheirinho’. Ele, ‘não tenho’; ‘me dê mais’; ‘não tenho’; ‘me dê mais’; ‘não tenho’: eu peguei, puxei a chave do carro dele”. (sic)

Débora, uma travesti assassinada em 1990. A pessoa responsável pela investigação desse assassinato sugeriu que “grupos de traficantes estariam recrutando travestis para serviço de distribuição de tóxicos”.

Geograficamente, o mercado de drogas, muitas vezes, fica aos redores dos pontos de prostituição das trans, que podem traficar por opção ou coação. A distância mínima entre as duas atividades instiga a atuação delas no mercado de drogas, que se torna um meio para conseguirem aumento de renda, garantir o uso dessas substâncias e viabilizar o exercício da prostituição em determinados pontos. (Ferreira, 2018). A consequência disso é o encarceramento em massa de trans em virtude do mercado de drogas, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, a Lei de Drogas.

Com a vigência da Lei nº 11.343/06, houve um aumento significativo na quantidade de mulheres encarceradas que vendem pequena quantidade de droga para complementar a renda ou para assegurar o vício. Nesse contexto, as mulheres transexuais e as travestis em situação de rua ou que vivenciam a conjuntura da prostituição são encarceradas por essa mesma malha (Lago; Zamboni, 2018). Inclusive, estimou-se, no ano de 2020, que 34,6% das trans estavam presas por tráfico no Brasil (Brasil, 2020).

Diante disso, percebe-se que a não regulamentação jurídica da prostituição coloca as prostitutas em situação de maior vulnerabilidade, o que impulsiona, muitas vezes, o exercício de atos ilegais paralelos à atividade para garantir o próprio sustento.

Apesar dessa relação de certa proximidade entre a prostituição, o roubo, o furto e o tráfico de drogas, é fundamental frisar que não são todas as trans prostitutas que praticam crimes. Além disso, vale ressaltar que a prostituição em si não configura crime e é fonte de renda de muitas trans, além de meio para potencializar a sua feminilidade. A crítica que aqui se faz é dirigida à ausência de regulamentação jurídica da prostituição e de políticas públicas capazes de impedir que essa atividade seja a única opção de as trans garantirem o próprio sustento.

Afinal, como o problema da vulnerabilidade social e econômica das transexuais e travestis não é resolvido pelo Estado por meio de

políticas públicas, a principal forma de garantir o próprio sustento é por meio da prostituição, que as tornam ainda mais vulneráveis e, inclusive, capturáveis pelo sistema penal. Esse cenário demonstra que o Estado não age para impedir a rede de exclusão vivenciada pelas trans, mas sim para encarcerá-las e, conseqüentemente, controlá-las.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, algumas considerações finais podem ser evidenciadas. Preliminarmente, é necessário voltar ao século XIX, período em que ocorreu, no Ocidente, o aburguesamento social. O desenvolvimento do capitalismo, e por via de consequência, o domínio da sociedade burguesa trouxe o estabelecimento de normas sociais, as quais adotaram uma postura higienista para preservar os valores da família burguesa. Nesse contexto, o poder disciplinar, ao classificar determinados comportamentos como problemas sociais (desviantes) para, então, corrigi-los, viabilizou o processo de higienização.

Com o intuito de assegurar a manutenção da matriz cisgênera e heterossexual, considerada fundamental para o progresso do capitalismo burguês, indivíduos que não se conformavam a esse padrão passaram a ser reprimidos, violentados e vigiados. Para institucionalizar o controle sobre esses corpos tidos como desviantes, o Estado adaptou o sistema penal, visando à criminalização daqueles que se distanciavam das normas cisgêneras e heterossexuais.

Após explorar o contexto histórico que construiu e estabeleceu os corpos das pessoas LGBTQ+ como desviantes, constatou-se que a violência transfóbica ainda perpetua no sistema penal vigente. A partir dessa análise, a presente pesquisa apresentou que a seletividade penal persiste no século XXI e é consequência direta da forma como o sistema penal compreende as mulheres transexuais e travestis, que são consideradas criminosas.

Demonstrou-se casos de violências física, verbal e sexual praticadas por policiais militares, bem como o “hiperpolicimento”

nas regiões de prostituição das trans, que, além de perversamente violento, é também criminalizante. Durante a fase de inquérito policial, verificou-se um empenho investigativo mais acentuado na criminalização de mulheres transexuais e travestis. No entanto, quando estas são vitimizadas, examinou-se uma notável defasagem no desempenho investigativo.

Sendo assim, a seletividade penal aplicada a mulheres transexuais e travestis revelou-se tanto no “hiperpolicimento” de espaços destinados à prostituição quanto na condução dos inquéritos policiais. Ademais, tal seletividade é evidenciada nas decisões judiciais, que legitimam e atribuem maior valor a determinadas narrativas e provas, consolidando a situação de desvantagem das trans.

Por fim, destacou-se que a ausência de regulamentação jurídica da prostituição agrava a vulnerabilidade das trabalhadoras do sexo, as quais, sem dinheiro e sem apoio familiar, frequentemente são forçadas a recorrer à prática de atividades ilícitas paralelas como meio de subsistência. Essa problemática foi apresentada como uma crítica à falta de políticas públicas eficazes capazes de enfrentar a vulnerabilidade social e econômica que afeta pessoas trans, as quais são, em muitos casos, conduzidas à prostituição, o que as expõe ainda mais à ação repressiva do sistema penal.

REFERÊNCIAS

AFROREGGAE. **Dados do Projeto Além do Arco-Íris**. Disponível em: <http://www.afroreggae.org/wp-content/uploads/2014/06/InfoReggae-01-AI%C3%A9m-Arco-%C3%8Dris.pdf>. Acesso em 20 set. 2024.

ANDRADE, Luma Nogueira. **Travestis na escola: assujeitamento e resistência à ordem normativa**. 2012. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

BARBOSA, Maria Júlia Leonel. **É babado, confusão e gritaria: as histórias de travestis recifenses sob um olhar da criminologia crítica**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECKER, Simone; LEMES, Hisadora. Vidas vivas inviáveis. Etnografia sobre os homicídios de travestis nos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Revista Ártemis**, Vol. XVIII n° 1; jul-dez, p. 184-198, 2014.

BENEVIDES, Bruna (Org.). **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

BRASIL. **LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global, Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT.

Diretora: Marina Reidel. Consultor: Amilton Gustavo da Silva Passos. Brasília, 2020.

CARRARA, Sergio; VIANNA, Adriana. A violência letal contra homossexuais no município do Rio de Janeiro: características gerais. *In: Carlos Cacerres (Org.),*

Ciudadania sexual en America Latina: abriendo el debate. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2004.

CARRARA, Sergio; VIANNA, Adriana. “Ta la o corpo estendido no chao”...: a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. **PHYSIS: Revista de Saude Coletiva**, 16(2), p. 233-249, 2006.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e prisões:** a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

FERREIRA, Guilherme Gomes. **Donas de rua, vidas lixadas:** interseccionalidades e marcadores sociais na experiências de travestis com o crime e o castigo. 2018. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Justiça reduz pena de matador de travesti.** 1994. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=12571&anchor=4822285&origem=busca&originURL=&p-d=b50a0214986081e93600b9f390b6a6aa>. Acesso em 15 set. 2024.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira. **Dragões**: gênero, corpo, trabalho e violência na formação da identidade entre travestis de baixa renda. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GREEN, James Naylor. **Além do carnaval**: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

KULICK, Don. **Travesti**: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: editora Fiocruz, 2008.

LAGO, Natalia; ZAMBONI, Marcio. O sexo das prisões: gênero e sexualidade em contextos de privação de liberdade. *In*: SAGGESE, Gustavo Santa Roza et al. (org.) **Marcadores sociais da diferença**: gênero, sexualidade, raça e classe em perspectiva antropológica. São Paulo: Gramma, p. 229-249, 2018.

LOPES, Fabio Henrique. Corpos trans! Visibilidade das violências e das mortes. **Revista Transversos**. Dossiê: O Corpo na História e a História do Corpo. Rio de Janeiro, Vol. 05, nº. 05, pp. 08-22, Ano 02. dez. 2015.

MOREIRA, Adailson. A homossexualidade no Brasil no século XIX. **Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidade**, Natal, v. 6, n. 07, p. 254-279, 2012.

PRADO, Marco Aurélio Máximo (coord.); equipe redatora Bárbara Gonçalves Mendes et al. **Relatório do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT sobre inquéritos policiais envolvendo travestis e transexuais no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: NUH, 2018.

SERRA, Victor Siqueira. **“PESSOA AFEITA AO CRIME”**: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca.

VIDAL, Julia Silva. **Com sedas matei e com ferros morri**: sobre homicídios, inquéritos policiais e criminalização de travestis. Rio de Janeiro: Metanoia, 2019a.

VIDAL, Julia Silva. “Por que essas coisas acontecem com a gente?”: normas de gênero e a criminalização de travestis. **VI Enadir**, 2019b. Disponível em: <http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Pq%20essas%20coisas%20acontecem%20com%20a%20gente%20JULIA%20VIDAL.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

VIDAL, Julia Silva. **Criminalização operativa**: travestis e normas de gênero. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

MEDIAÇÃO INSTITUCIONALIZADA DE CONFLITOS: CAMINHO PARA UM PODER JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO?

Andréa Abrahão Costa¹⁷

Resumo:

O artigo analisa a implementação da mediação judicial de conflitos como política pública no Brasil, com foco na cidade de Curitiba e nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). A partir de pesquisa empírica e bibliográfica, constata-se que, apesar da proposta de democratização do Judiciário, a mediação implementada apresenta características burocráticas e mantém a centralidade do poder judicial. Observou-se a predominância de uma lógica de acordo que compromete a autonomia e a deliberação das partes, além de uma confusão conceitual entre mediação e conciliação. Conclui-se que a prática atual reflete mais a continuidade de um modelo racional-legal do que uma verdadeira democratização do acesso à justiça.

Palavras-chave: mediação judicial; governança judicial, CEJUSCs, poder judiciário, acesso à justiça.

Abstract:

The article analyzes the implementation of judicial mediation of conflicts as a public policy in Brazil, focusing on the city of Curitiba and the Centers for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSCs). Based on empirical and bibliographic research, it is observed that, despite the proposal to democratize the Judiciary, the implemented mediation exhibits bureaucratic characteristics and maintains the centrality of judicial power. A predominance of an agreement-driven logic was noted, compromising the autonomy and deliberation of the parties, along with a conceptual confusion between mediation and

¹⁷ Professora de Direito da Universidade Federal de Goiás (Câmpus Goiás). Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Doutora em Direito pela PUC-PR, mestra em Direito pela PUC-PR, bacharela em Direito pela PUC-Campinas e bacharela em Ciências Sociais pela UNICAMP.

conciliation. The study concludes that the current practice reflects the continuation of a rational-legal model rather than a genuine democratization of access to justice.

Keywords: judicial mediation; judicial governance; CEJUSCs; judiciary; access to justice.

NOTA INTRODUTÓRIA

O artigo explora a forma como a mediação judicial de conflitos, planejada como política pública por meio da resolução 125/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi implementada na cidade de Curitiba no âmbito de dois dos seus fóruns descentralizados. Operando tanto com a teoria política como com as teorias da administração, usando a chave da categoria da governança para aproximá-las, as conclusões conduzem à afirmação de que o modelo proposto pelo CNJ foge, na prática, de uma característica dialogal que marca a mediação de conflitos; o que se percebe é a afirmação do modelo burocrático-legal weberiano no qual ainda se baseia o Judiciário brasileiro.

Além da base bibliográfica e documental, a pesquisa realizada, como parte dos requisitos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), no ano de 2018, foi de cunho empírico, tendo-se utilizado do método da observação participante, após a sua aprovação pelo Comitê de Ética daquela instituição.

O texto está estruturado em duas partes, sendo a primeira descritiva acerca do sistema de justiça consensual que vem sendo implementado pelo Poder Judiciário para a solução de demandas cíveis. Trata-se de um pequeno histórico, que se liga à segunda seção, na qual se envereda por uma discussão que articula, de modo mais verticalizado, as premissas da chamada governança judicial e por meio dela, após a análise dos dados qualitativos, propicia a constatação de que o pensado teoricamente não encontra guarida no que na realidade curitibana foi implementado.

A “experiência do direito” (Israel, 2017), revelada por meio da movimentação dos atores nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania CEJUSCs não somente apontou para a homogeneidade das semânticas por eles manejadas em torno da mediação, como demonstrou que é ela, a instituição judiciária, exercendo sua centralidade, que permite ao cidadão o conhecimento acerca de uma nova forma de solução de controvérsias.

O JUDICIÁRIO E SEU MODELO CONSENSUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Uma nova arquitetura institucional para o Poder Judiciário que contemple em seu âmbito formas não adjudicadas de solução de conflitos vem sendo traçada no Brasil, pode-se dizer, com mais vigor a partir do início dos anos 2000.

Aclamada como uma novidade positiva no que toca às relações entre a instituição e a sociedade, a mediação judicial, aqui também denominada de mediação institucionalizada¹⁸, pode ser inscrita no campo de investigação da governança pública e, especificamente, no caso da governança judicial, importa no exame de uma de suas faces, a *accountability* social.

Muito embora este mecanismo de solução de controvérsia seja caracterizado por procedimentos de deliberação, que poderiam ser reconhecidos como ensejadores de uma nova legitimidade para o Judiciário, diga-se democrática, o que se vê na política instituída pelo CNJ é algo “esteticamente” democrático. Isto porque, em realidade, almeja-se a obtenção de resultados quantitativos apenas, em prol da própria instituição.

18 No “hipermercado” ou bazar de diferentes nomenclaturas (SIX, 2001), mediação institucionalizada significa aqui a mediação organizada pelo CNJ e pelos Tribunais de Justiça do Brasil, no contexto da política nacional de solução adequada de conflitos, e é utilizada nos conflitos que são analisados dentro do sistema e justiça estatal. É aquela que existe dentro do Poder Judiciário.

Para que esta constatação fique mais clara, deve-se recuperar o itinerário percorrido pela instituição judiciária quanto à regulação da mediação de conflitos, incluindo os momentos anteriores ao ano de 2010, nos quais foi se concretizando um ideário aderente às pressões pautadas por uma lógica de mercado, tal como apregoada por organismos internacionais no contexto do denominado neoliberalismo.

Importante também saber que há diferentes tipos de mediação, para que fique claro com qual deles a política da instituição se identifica, confirmando a ideia de que até seria possível afirmar a existência de uma governança judicial, mas ainda pautada por um modelo burocrático e não democrático, para o qual não basta a mera previsão de participação dos interessados, mas um modelo de participação deliberativa, nos termos da teoria habermasiana.

A respeito disso é pertinente notar como a disciplina legal da mediação ocorrida no ano de 2015 acompanha os motivos que fundamentaram a atuação do CNJ neste setor, visando à efetividade da tutela jurisdicional em termos de celeridade e, portanto, numa tônica quantitativa para a concretização do direito fundamental à duração razoável do processo.

Com efeito, nos últimos relatórios Justiça em Números produzidos pelo CNJ vê-se a iniciativa inédita de medir, por meio de um índice de conciliação, a adoção de métodos autocompositivos no âmbito do Judiciário. Os dados referem-se aos anos de 2015 e 2016, respectivamente, momento posterior à edição de duas leis, a que instituiu o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e a que regulamentou a mediação extrajudicial (Lei 13.140/2015).

A mediação de conflitos passou, assim, a ser uma das vedetes do Poder Judiciário. O alarde sobre a novidade, todavia, deve ser relativizado, ou para que soe mais ameno, contextualizado.

O que parece ser novo possui raízes históricas¹⁹ como método de pacificação e integração utilizados em tribos, por anciãos, pajés

¹⁹ Christopher Moore (1998) também aponta que a origem da mediação pode ser buscada nos povos antigos e cita que as comunidades bíblicas judaicas já a utilizavam

e conselheiros, se a investigação toca no campo antropológico²⁰ (NICÁCIO, 2008). Nessa perspectiva, os modos de resolução alternativa de conflitos se inscrevem no terreno de uma jurisdição comunitária, na qual conciliação e mediação são realizadas entre partícipes de um mesmo grupo social, tendo como marca a busca da concórdia (VERONESE, 2007).

Em outra perspectiva, muito mais recente, tendo como busca um direito mais humano nas sociedades pós-industriais, passa-se a uma origem diferente para a mediação. Inicialmente nos Estados Unidos, as clínicas de mediação e conciliação de conflitos possuíam um duplo objetivo, diminuir o volume de processos e criar círculos mais justos de solução de disputas. A ampliação de uso se deu entre os anos 1960 e 1970 em resposta aos movimentos de reivindicação de direitos, civis, do consumidor e ligados à área ambiental.

Sob a nomenclatura de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), o divisor de águas, como é sabido, foi a *Pound Conference*, realizada no Estado de Minnesota e capitaneada pela presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos, para dar resposta à politização crescente da sociedade daquele país. Entre seus objetivos estava o incentivo a uma nova “ideologia da harmonia” e à adoção de instrumentos não-judiciais de tratamento de conflitos, que repercutiu mais intensamente na seara ambiental e das relações de trabalho (ACSELRAD; BEZERRA, 2007).

para a resolução pacífica das controvérsias, revelando também um fator de agregação cultural.

20 Laura Nader (1994) tem um interessante estudo por meio do qual tentou compreender a ideologia da harmonia e seu funcionamento coercivo, concluindo neste trabalho comparativo e etnográfico com os zapotecas (habitantes das montanhas de Oaxaca no México), “[...] que é altamente provável que a ideologia da harmonia faça parte do sistema de controle hegemônico que se espalhou pelo mundo todo com a colonização política européia e a evangelização cristã. [...] Uma intolerância pelo conflito impregnou a cultura para evitar, não as causas da discórdia, mas sua manifestação, e, a qualquer preço, criar consenso, homogeneidade, concórdia. Como em *O admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley, o modelo da harmonia produz uma espécie de soma cultural com um efeito tranquilizador.” E completa: no movimento de ADR, “[...] os pleiteantes civis acabam tornando-se ‘pacientes’ que necessitam de tratamento – um projeto de pacificação. Quando as massas são vistas como ‘pacientes’ que precisam de ajuda, a política pública é inventada para o bem do ‘paciente’”.

O conceito mais usual e geral de mediação é simples e se apresenta mais ou menos homogêneo; é um mecanismo que objetiva a resolução de situações de conflito, por meio de uma terceira pessoa neutra, a qual facilita ou auxilia os interessados a retomarem o diálogo e edificarem uma solução conjunta. Embora exista uma flexibilidade procedimental, nada pode ser imposto aos envolvidos e as decisões negociadas são de autoria das partes (MENDES, 2016). Há uma ética da mediação que confirma os princípios da participação direta e da responsabilidade de cada um na resolução de seus próprios conflitos, que se concretizam nas mediações comunitárias, sociais ou cidadãs, não institucionalizadas, mobilizando mediadores voluntários para regularizar os conflitos da vida cotidiana que prejudicam o convívio social.

Na Europa, movimento semelhante ocorreu, e foram as experiências no Canadá²¹ e na França que tiveram forte influência sobre o desenvolvimento do MARC – *mode alternatif de résolution des conflits* no Brasil.

Muito embora na década de 1990 o modelo francês tenha influenciado o eixo de São Paulo, no eixo sul do Brasil o modelo originado nos Estados Unidos ganhou força. Este último acabou sendo o escolhido como fundamento para a formulação da política pública nacional, com base na Resolução 125/2010 do CNJ (BARBOSA, Á. 2015), inclusive a teor do que se lê no Manual de Mediação Judicial (2016)²². O livro vem sendo reeditado por este Conselho desde o ano de 2009 e tem servido como material de treinamento para a formação de novos mediadores.

21 A propósito, como explica Michelle Thériault (2015, p. 5): “Ce mouvement, désigné sous l'appellation justice participative, qui tire son origine des travaux de la Commission du droit du Canada publiés en 2003, se définit comme ‘(l)’obtention d’une justice sur mesure, qui correspond aux attentes, aux besoins et aux capacités de chaque personne, et ce, par la participation pleine et entière du citoyen impliqué dans un conflit.”

22 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Como explica Mendes (2016), “nossa” mediação institucional é baseada na teoria que se estrutura seguindo o chamado modelo de negociação de Harvard, desenvolvido por Roger Fisher e William Ury na década de 1980 e previsto para a obtenção de um acordo. Aliás, é consentâneo com a *accountability* performática visada pelo Judiciário e voltada a critérios quantitativos, que não é capaz de romper com um modelo burocrático de governança.

Pois bem. Útil para a compreensão do que se tem atualmente no Brasil em termos de regulamentação da mediação é contextualizá-la num cenário maior, da tão conhecida crise do Poder Judiciário²³, e, especificamente, elencar algumas iniciativas anteriores ao ano de 2004, marco temporal da intitulada Reforma do Poder Judiciário e da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Assim, a discussão poderia ser ampliada. Chama-se a atenção para as assessorias jurídicas populares, reconhecidas internacionalmente como *legal aid* ou *legal assistance*. Enquanto na década de 1970 os relatórios internacionais, como os oriundos do Banco Mundial, se ocuparam deste tema, sabe-se que nos anos 1990 o interesse migrou para a reforma do aparelho judiciário, num período marcado pela redemocratização em diversos países.

Na tentativa de um breve apanhado sobre a temática da crise do Judiciário, afirma Veronese (2003, p. 97) que “[...] o acréscimo de procura por jurisdição frutificou a partir de uma mudança econômica que introduziu uma relação tensa entre as normas jurídicas

23 A palavra crise costuma ser ligada à ideia de mudança profunda, ruptura, desorientação. No caso do Judiciário tem sido associada à constatação de ineficiência e morosidade deste Poder para a solução dos casos que nele tramitam. Trata-se de uma crise “numérica”, mas que também poderia ser identificada como uma crise da própria identidade do juiz diante da emergência da figura do “juiz-administrador”. Sobre esta questão ver Costa (2014, p. 7-20). Mas a aplicação da noção de crise ao Poder Judiciário também é criticada. Para Fonseca (2011) o problema do Judiciário é de mau funcionamento e não de crise. Suas limitações repousariam em questões estruturais identificadas com a falta de recursos materiais suficientes e a escolha de se privilegiar a segurança ao invés da celeridade, sem se dar conta das necessidades dos sujeitos. Por isso, a autora (2011, p. 2) conclui que “o funcionamento da jurisdição, mesmo que péssimo, se dá de acordo com o planejado: os valores fundantes do sistema são a verdadeira causa do mau funcionamento”.

constitucionais e as novas normas infraconstitucionais que vinham sendo postas pelo Executivo e Legislativo, no pós-1988.”

Neste momento, não apenas o autor faz menção ao ativismo judicial²⁴, como aponta um incremento na demanda social por jurisdição, fruto de um movimento mais amplo de reivindicação pelos direitos reconhecidos formalmente pela Constituição de 1988. Ressalta, ainda, a peculiaridade brasileira, que reside “[...] na existência de movimentos políticos para a reforma do Judiciário e pelos sinais de que tem diminuído a tolerância da população com a ineficácia judicial” (2003, p. 98).

Assim é que Veronese apresenta uma tipologia de modelos de acesso à justiça que ele denomina de ortodoxos, ligados a soluções processuais, e de heterodoxos, por estarem voltados à realização da justiça, os quais incluiriam projetos de intervenção jurídica popular pautados pela mediação comunitária e, portanto, extrajudicial.

Já nos anos 2000, analisando dois projetos implantados no Acre e Rondônia, ambos mantidos por órgão estatais, Tribunal de Justiça e Ministério Público, respectivamente, o autor notou algo que se repete com o momento legislativo analisado neste artigo. Muito embora na década de 1990 a conciliação²⁵ de conflitos fosse a solução prioritária

24 O tema do ativismo, que para alguns está ligado ao déficit dos outros poderes do Estado, não se confunde com a judicialização da política, que é um fato decorrente do próprio modelo constitucional, da redemocratização e da constitucionalização de direito. Em resposta às seguintes constatações a respeito da judicialização, Juliana Fonseca (2015, p. 4) traça uma interessante observação, “[...] a) a atividade política é estranha ao funcionamento das cortes, que passaram a desempenhá-la após a Constituição de 1988 e a partir de uma nova concepção de direito, que vai além da ‘mera aplicação da lei’, representando um rompimento com o passado; e b) é possível separar direito e política e impedir que as cortes incorram nas atividades dos poderes democraticamente eleitos através do estabelecimento de limites à sua atuação. Demonstra-se que ambas são insustentáveis e que a judicialização da política, paradoxalmente, enaltece as concepções contemporâneas do direito mas insiste na idealizada separação absoluta entre os três poderes, que se baseia na completa divisão das atividades de criar e aplicar o direito.”

25 Como anotam Mello e Baptista (2011, p. 99-100): “[...] no que se refere aos princípios de atuação, enquanto a mediação supõe a discussão entre as partes conduzida por um *tertius* imparcial, não comprometido de nenhuma forma com um determinado resultado do conflito, a conciliação, também conduzida por um terceiro, está definitivamente comprometida com a extinção do processo/resolução

no campo dos entes estatais, Veronese destaca como os Tribunais, desde aquele momento, já adotavam uma lógica “incrementalista”²⁶, tendo ampliado “[...] suas opções para se apropriar de soluções típicas das entidades da sociedade civil” (2013, p. 100). É o caso do Programa Justiça Comunitária de Brasília²⁷, mencionado pelo autor, que recebeu no ano de 2004 o 2º Prêmio Inovare²⁸ e influenciou a política nacional instaurada pela Resolução 125/2010 aqui abordada (2003, p. 100).

Nesse contexto ainda é possível mencionar a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a Reunião da I Cúpula IberoAmericana de Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Supremos Tribunais Federais, realizada em Caracas, em março de 1998. Naquela, sabe-se que a conciliação é um dos critérios que orientam o desenrolar do procedimento²⁹, tendo sido selado o compromisso do Judiciário brasileiro em promover mecanismos alternativos de

da lide, centrando sua atenção no resultado final, entendido como representativo da ‘pacificação’ do conflito e do retorno ao status quo ante. Quer dizer, de um lado, a mediação aposta na explicitação dos argumentos para que as partes decidam, elas mesmas, o que vão fazer com seus interesses conflitantes; de outro, a conciliação quer acomodar os interesses conflitantes das partes para que a harmonia volte a reinar entre elas e o processo se conclua.”

26 O termo, explica Veronese (2003, p. 113), é retirado de um dos trabalhos da antropóloga Eunice Durham e refere-se, para aquele autor, à ausência de planejamento nos programas de assistência judiciária. No original e em sentido semelhante, denomina a “lógica das universidades estatais que demandam crescimento constante e não, necessariamente, conectado com a demanda social de serviços públicos”.

27 O Programa nasceu em 2000 a partir da experiência do Juizado Especial Cível Itinerante do TJDF, que buscava atender moradores das comunidades do Distrito Federal com dificuldades de acesso à justiça formal. Tal experiência fomentou o desenvolvimento do projeto, já que 80% dos casos resultavam em acordos.

28 O objetivo do Prêmio Inovare, concedido pelo Instituto (associação sem fins lucrativos) que leva o mesmo nome, é identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público estadual e federal, defensores públicos e advogados públicos e privados de todo Brasil, que visem o aumento da qualidade da prestação jurisdicional e contribuam com a modernização da justiça brasileira.

29 É de ver: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: [...]” (BRASIL, Lei 9.099, 1995).

resolução de conflitos, além de educar cidadãos e participantes em geral para a negociação dos conflitos.³⁰

Sob os influxos da experiência com a conciliação que se desenrolou no âmbito dos Juizados Especiais, no início de 2003, criou-se a Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, cuja missão inicial foi a de estruturar órgãos e instituições competentes para promover e planejar, nacionalmente, políticas de acesso à justiça.

Neste momento, ainda que se pretendesse falar de uma nova fase de orientação da autocomposição à satisfação do usuário dos serviços de justiça por meio de técnicas apropriadas, pode-se observar que ela não esteve isolada de outros problemas diagnosticados pelo próprio discurso oficial. O objetivo era o aprimoramento do sistema de justiça, mas a tônica acabou sendo o excesso de processos e a morosidade de sua tramitação.

A dualidade entre uma política caracterizada por acolher novas formas de acesso à justiça e uma política marcada por assumir novas formas de acesso ao Judiciário³¹ era visível desde esse momento inicial. Não por acaso, Kazuo Watanabe, processualista com forte produção acadêmica na área de estudos sobre a efetividade da tutela jurisdicional, já alertava para a adoção da mediação no seio do Judiciário de forma “enviesada”. Era a experiência anterior com a conciliação no âmbito dos Juizados Especiais que trazia um sinal de alerta.

30 Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2125/I-cumbre-declaracion-caracas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 out. 2017.

31 Acesso à justiça e acesso ao Judiciário devem ser entendidas como duas expressões diferentes. Como explica Ponciano (2009, p. 131): “Durante algum tempo prevaleceu o entendimento – restritivo – de que o significado de acesso à Justiça somente compreendia o acesso aos órgãos judiciais. Atualmente existe uma posição unânime no sentido de que o acesso à Justiça não se limita simplesmente a possibilidade do ingresso em juízo. Assim, por acesso à Justiça deve-se entender como a proteção a qualquer direito, sem qualquer restrição.”

OS CEJUSCS E A JUSTIÇA CONSENSUAL EM MOVIMENTO

Considerando que a pesquisa procurou interrogar a gestão estatal de conflitos, a partir do que se pode observar nos espaços oficiais da chamada Justiça de Proximidade – Fóruns Descentralizados de Curitiba –, dois CEJUSCs foram tomados para um estudo de caso. Esta seção apresentará a análise dos dados da abordagem qualitativa sobre os conflitos cíveis levados aos referidos Centros, com ênfase na mediação pré-processual e processual.

A realização do estudo empírico está inserida numa reflexão mais ampla sobre a sua pertinência na área do Direito tradicionalmente voltada para a pesquisa doutrinária, que se pauta por um método dedutivo. Desejou-se escapar desse modelo e ultrapassar a análise normativa para interrogar sobre os efeitos concretos produzidos pela adoção da mediação e pelo exercício dos “poderes” em decidir um caso concreto. Daí a importância que devia ser dada à relação com os sujeitos de estudo e à seleção de suas falas simbólicas (IGREJA, 2017, p. 33).

Uma vez definido o método, pautado pela compreensão dos sentidos das ações sociais dos participantes da prática da mediação judicial a partir do pensamento weberiano, foi preciso escolher a metodologia para a realização do trabalho com os dados não acabados da realidade. Ou seja, foi preciso definir a estratégia de coleta dos dados.

A decisão acabou assim se delineando, quanto aos instrumentos de coleta de dados, para uma mescla de observação participante³², levantamento documental, e realização de entrevistas

32 Para além das reflexões sobre esta estratégia de pesquisa qualitativa feitas ao longo do texto, um registro sobre a experiência vivida nos CEJUSCs é necessário. Em muitos momentos veio à mente a definição reiterada na literatura sobre esta metodologia constituir aquela na qual o pesquisador, enquanto observa e registra, interage com os sujeitos observados e tem a oportunidade de experienciar os eventos “por dentro”, como se fosse um dos sujeitos. Tal interação se deu de forma variável ao longo dos meses de pesquisa, mas ocorreu principalmente pelo fato de que foi possível dialogar com os mediados antes e depois do início das sessões de mediação, assim como com os mediadores em diversas ocasiões. Na maior parte das sessões nas quais esteve

semiestruturadas,³³ a partir de um roteiro com perguntas que se relacionavam com os objetivos do trabalho, essencial para o planejamento da coleta de informações, como aponta Manzini (2004). Este roteiro também foi muito importante para organizar o processo de interação com os informantes, ao qual se juntaram conversas informais realizadas com os assessores dos Juízes Diretores dos Fóruns, servidores envolvidos no trabalho com os CEJUSCs, estagiários e atendentes

A observação foi realizada de maneira direta, enquanto o fenômeno (a sessão de mediação) ocorria, e de forma estruturada porque, assim como nos questionários, existia um roteiro previamente selecionado pela pesquisadora, que contemplava as diferentes etapas de uma sessão de mediação. Além deste, as anotações complementares, de cunho analítico, foram registradas no caderno de campo.

No fundo, foi possível perceber uma confluência entre as preocupações antropológicas para conferir objetividade à pesquisa e os ensinamentos weberianos.

De um lado, é certo que não se pode descurar daquela célebre formulação de Weber no sentido de que os juízos de valor do pesquisador podem comprometer a compreensão integral dos fatos. Mas também não é despropositado afirmar que os tipos ideais são generalizações (abstrações) de motivos de conduta feitas a partir de procedimentos indutivos (PERISSINOTTO, 2008b, p. 16).³⁴

presente também foi incluído o nome da pesquisadora como observadora nas atas lavradas ao final das sessões de mediação, significando, com isso, a sua caracterização como um dos atores daquele cenário.

33 E, diga-se, todos juntos, documentos, entrevistas, diários de campo, propiciam um modo de organizar, compor e explicitar um evento do mundo jurídico.

34 Igreja (2017, p. 17) ainda acrescenta: “A pesquisa qualitativa se define por uma série de métodos e técnicas que podem ser empregados com o objetivo principal de proporcionar uma análise mais profunda de processos ou relações sociais. Costuma-se afirmar que os métodos qualitativos trazem como desvantagem sua flexibilidade e subjetividade, inclusive do próprio pesquisador, além de serem difíceis de ser generalizados. Os quantitativos representariam a objetividade e universalidade. Devemos recordar, no entanto, que a própria elaboração da pesquisa e sua sistematização envolvem escolhas de categorias e variáveis e interpretações de dados por parte do pesquisador, sujeitas, portanto, a sua subjetividade.”

De outro lado, também pode-se afirmar, como Baptista (2017, p. 98-99) o faz, algo sobre a necessidade de relativização de neutralidade em pesquisas em ciências sociais, seja qual for a metodologia adotada.

Importante que o exercício de neutralizar as pré-compreensões foi feito em diferentes momentos da pesquisa, seja deixando de lado a formação como advogada ao participar das sessões de mediação, seja lembrando que a presença nelas se dava no desempenho do papel de pesquisadora, integrada como mais uma personagem do cenário que se experimentava. Diz-se isso porque por mais de uma vez tanto advogados quanto mediadores demandaram uma espécie de confirmação pelos “bons” trabalhos realizados nas sessões observadas.

O uso das entrevistas semiestruturadas³⁵ havia sido pensado para ser um aliado, que poderia amenizar eventual direcionamento na pesquisa e complementar ou contrastar as observações realizadas. Inicialmente não foi previsto o registro das conversas por meio de gravador, o que poderia causar certo constrangimento ao entrevistado ou inibir a sua fala. Por isto, na maior parte das vezes as respostas foram anotadas no próprio instrumento de pesquisa ou no caderno de campo.

Contudo, percebeu-se que o produto dessas entrevistas, que por sua característica podem ser transcritas, não se mostrou tão substancial quanto previsto, dada a baixa manifestação espontânea dos entrevistados na parte em que podiam discorrer livremente sobre a experiência na sessão de mediação. Tal fato redundou na constatação de que não havia “discurso” suficiente para ser tabulado e analisado e, conseqüentemente, que permitisse a construção de categorias para a aplicação da técnica apropriada.

Para o tratamento dos dados, então, assim se procedeu. Se a intenção não era medir de forma quantitativa, por meio de *surveys*, a

35 Sobre este tipo de técnica, sabe-se que há um roteiro previamente estabelecido, mas também um espaço para a elucidação de elementos que surgem de forma imprevista ou informações espontâneas dadas pelo entrevistado. Em contrapartida, como adverte Roesch (1999, p. 159), as entrevistas livres, nas quais os participantes da pesquisa falam livremente, “resultam num acúmulo de informações difíceis de analisar que, muitas vezes, não oferecem visão clara da perspectiva do entrevistado.”

percepção dos envolvidos no procedimento de mediação, mas sim a partir dela, juntamente com a técnica de observação, identificar fatores que determinariam uma resposta para o problema da tese, a análise se deu de modo intuitivo³⁶, como ocorre em pesquisas qualitativas, mas com característica peculiar.

À observação foram agregadas as falas e a estratégia redundou em algumas pistas para a análise. Na apresentação dos dados foi possível perceber que, ao tempo em que, em alguns casos, as falas se chocaram com as respostas dadas às perguntas previamente elaboradas, também corroboraram o que havia sido observado.

Ao optar por relacionar as falas com as respostas dadas às perguntas do roteiro e às notas da observação, a constatação de que a linguagem intervém como algo que não é transparente esteve em mente (ORLANDI, 2003, p. 12).

Nesta etapa da pesquisa e, com base na reflexão teórica realizada, foram delimitados dois elementos-chave, para aferir a democratização do Judiciário com a adoção da mediação. Eles estão interligados e dizem respeito à: (i) autonomia dos que participam do procedimento de mediação e (ii) efetiva participação/deliberação, sem que a estas se atribua um viés acordista. Tomando-os como guias para a observação, lançou-se mão da diferença entre mediação facilitativa e avaliativa, com maior e menor intervenção do mediador. Pretendeu-se perceber como, na prática, a distribuição de poder (ARNSTEIN, 2002)

36 Ora, como os dados são não métricos, segundo Martins (2004, p. 292), “outra característica importante da metodologia qualitativa consiste na heterodoxia no momento da análise dos dados. A variedade de material obtido qualitativamente exige do pesquisador uma capacidade integrativa e analítica que, por sua vez, depende do desenvolvimento de uma capacidade criadora e intuitiva. A maior dificuldade da disciplina de métodos e técnicas de pesquisa está na dificuldade de ensinar como se analisa os dados – isto é, como se atribui a eles significados – sendo mais fácil ensinar a coletá-los ou a realizar trabalho de campo. A intuição aqui mencionada não é um dom, mas uma resultante da formação teórica e dos exercícios práticos do pesquisador. Já no desenvolvimento do emprego de metodologias quantitativas, o que se procura é justamente o contrário, isto é, controlar o exercício da intuição e da imaginação, mediante a adoção de procedimentos bem delimitados que permitam restringir a ingerência e a expressão da subjetividade do pesquisador.”

se desenrolava especificamente no terreno da construção da solução para o conflito.

No primeiro CEJUSC, em todas as observações foi possível notar que o registro em ata pelo mediador dos atos realizados nas sessões seguiu um modelo pré-formatado pela secretaria do CEJUSC, no qual ora vinha escrito que se tratava de conciliação, ora de mediação, numa clara confusão entre os dois conceitos, que não era desfeita durante a sessão, já que em nenhuma observação o mediador esclareceu que tipo de mediação adotaria, se facilitativa ou avaliativa. Por vezes, o preenchimento das atas demorava mais que a própria sessão de mediação e para a sua impressão era necessário que o mediador se ausentasse e se dirigisse à secretaria do CEJUSC para apanhá-las e só então colhia a assinatura das partes, dos seus advogados e do supervisor do Centro. Depois da leitura do seu conteúdo aos presentes, algumas vezes ainda era necessário fazer correções e enviar novamente à impressão. Essa foi uma das causas de, pela escassez de tempo dos participantes, não ter sido possível realizar as entrevistas com todos os envolvidos nas sessões observadas. As sessões estavam programadas para ocorrer de uma em uma hora e, por isso, os mediadores ficavam preocupados quando algumas mediações se estendiam e comprometiam a agenda do dia. Cores de organização burocrática.

Nas notas de campo foram registradas essas características como a reprodução de certos rituais, estranhos à natureza da mediação, atas, pregão, hierarquia mediador/supervisor, confirmava a permanência do modelo racional-legal dirigido a fins mencionado por Weber.

Com exceção de um participante, as entrevistas foram realizadas com mulheres, que possuíam idade variada e nível de formação educacional acima do ensino fundamental. Considerando a natureza da pesquisa e dos conflitos, registrou-se no caderno de campo como a aceitação para participar da entrevista nos casos de direito de família ocorreu sempre por parte das mulheres, dada a negativa por parte dos homens ou sua declaração de impossibilidade pela escassez de tempo. Mas não foi possível retirar nenhuma conclusão definitiva sobre

eventual identificação dessa aceitação com o fato de a pesquisadora também ser mulher.

As observações ocorreram entre os meses de outubro e dezembro de 2017, tendo sido possível notar como há uma certa homogeneidade nas respostas aos seguintes quesitos: a mediação é vista como uma nova forma de fazer justiça; os participantes indicariam a mediação para a solução de conflitos a outras pessoas; os próprios participantes usariam novamente a mediação; com exceção de um participante, os outros não conheciam a possibilidade da mediação fora do Fórum; com exceção de um participante, os demais conheceram a mediação no próprio Fórum e o CEJUSC por terceiros ou em função do encaminhamento dado ao conflito no Fórum.

Esses resultados foram tomados como pistas para constatar que a mediação ainda é uma prática adotada sob a liderança do Judiciário, confirmando a centralidade do seu papel e de seu poder na solução de controvérsias.

Quanto à manifestação das partes, escuta pelo mediador, eventual pressão para a formulação do acordo e a satisfação com o resultado, a observação nas sessões foi de extrema valia para qualificar os resultados na tentativa de captar aqueles elementos-chave da autonomia/participação/deliberação. Foi possível não apenas confirmar a lógica acordista que permeava as sessões, mas também foi curioso notar como a sugestão dada pelos mediadores era aceita, o que deixou claro como a autonomia das partes, por vezes, não era plena.

Em síntese, dessa experiência, quatro conclusões puderam ser extraídas: (i) a lógica do acordo induzido pelo mediador compromete a deliberação das partes, já que ou elas se sentem pressionadas para tanto, ou ficam desconfortáveis com o deslinde dado, revelando a sua pouca autonomia no procedimento; (ii) a deliberação fica em segundo plano, já que o maior desejo das partes é serem atendidas no que pretendem, pouco importando se isso ocorre na mediação ou fora dela; (iii) a mediação se assemelha a uma conciliação, consistindo apenas em mais uma etapa formal do processo; (iv) a figura do juiz, mesmo ausente, é a sombra que ronda as falas dos mediandos e mediadores, a

ela sempre se faz um apelo, seja para a chegada até o acordo, seja pela força e hierarquia que teria perante às partes ao impor uma decisão.

Por fim, também sob o ponto de vista habermasiano, a deliberação observada não permitiu a conclusão de haver uma validade intersubjetiva das partes para a formação de um consenso, mas apenas algo como um atributo de alguma coisa dada pelo próprio condutor do procedimento de mediação.

Na outra experiência, no segundo CEJUSC, as observações se concentraram nas mediações processuais. Mas, tal como no primeiro CEJUSC, o registro em ata pelo mediador dos atos realizados nas sessões seguiu um modelo pré-formatado pela secretaria do CEJUSC, no qual sempre vinha escrito que se tratava de “audiência” de conciliação e não sessão de mediação. A confusão entre os dois conceitos, já referida anteriormente, era clara, fazendo lembrar que, nada obstante o alarde institucional com a mediação, o que se desenrolava nas sessões mais parecia com uma técnica conciliatória do que uma prática para o tratamento profundo dos conflitos que não necessariamente redundaria em acordo.

As mulheres foram as que mais atenderam ao pedido para as entrevistas e houve homogeneidade quanto aos seguintes aspectos: (i) aos participantes foram explicadas as regras da mediação; (ii) todos declararam que tiveram oportunidade para manifestação e foram ouvidos pelo mediador; (iii) para todos, o procedimento era mais amigável que formal; (iv) nada obstante, todos sentiram-se nervosos durante as sessões; (v) nenhum conhecia a opção da mediação fora do Fórum; (vi) o conhecimento do CEJUSC e da mediação no Fórum ocorreu, respectivamente, por terceiros e já no ambiente do Judiciário.

A maior percepção foi a da inexistência de relação direta entre a oportunidade de manifestação e a deliberação inerente à mediação. Além disso, assim como no primeiro CEJUSC, ficou claro que o conhecimento a respeito do modo autocompositivo no próprio ambiente do Judiciário confirmava o papel central da instituição como indutora e parecia ser um fator que propiciava uma atuação mais ativa tanto do mediador quanto dos advogados das partes.

Desta segunda experiência pôde-se retirar as seguintes conclusões: (i) há ali mais uma prática conciliatória do que de mediação pautada por uma lógica transformativa; (ii) a filosofia acordista é praticada sob a “sombra” da figura do juiz, podendo ser identificada na fala de mediadores, quando se referem às desvantagens da adjudicação; (iii) a justiça consensual é mais uma justiça de resultados, que longe do modelo facilitativo de mediação não propicia o controle efetivo do procedimento pelas partes, a efetiva deliberação entre elas e esvazia o sentido de autonomia; (iv) ficou claro que o conhecimento a respeito do modo autocompositivo no próprio ambiente do Judiciário confirma o papel central da instituição como indutora e é um fator que propicia a atuação mais ativa tanto do mediador quanto dos advogados das partes e menos a deliberação entre elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário conta! A “experiência do direito”, revelada por meio da movimentação dos atores nos CEJUSCs pesquisados, não somente apontou para a homogeneidade das semânticas por eles manejadas em torno da mediação, mas também confirmou que é ela, a instituição, que permite ao cidadão o conhecimento acerca de uma nova forma de solução de controvérsias.

Ao que parece a dita justiça de proximidade se aproxima mais do quanto perseguido pelo próprio Judiciário. Não por acaso ele não sai de cena. A organização da mediação institucional segue um estruturalismo sistêmico que conta tanto com o discurso da doutrina, que cria a continuidade de uma lógica voltada ao protagonismo do Judiciário, quanto com o auxílio do legislador que muda as leis dentro dessa coerência de coordenar o dissenso. Controle social, portanto, e manutenção de um poder institucional com pretensão de moldar e organizar o conflito social, de que falavam Veras e Fragale Filho (2013), explicam a forma como vem sendo institucionalizada a mediação.

Nos estudos de processo civil, ao Judiciário é imputado um papel de educador na conscientização para o uso de uma outra maneira de solucionar conflitos, cujo limite é a verificação do preparo das partes para agirem autonomamente e fazerem escolhas que não passem pela atividade desempenhada pela instituição. Se é assim, talvez o mais coerente seja mesmo denominar a mediação que vem sendo praticada nos círculos judiciários de intermediação de conflitos, tal como alerta Etienne Le Roy (2012).

Como visto, o viés decisionístico, que compromete a deliberação e o controle do procedimento pelos próprios participantes, não é capaz de colocar em xeque a inevitabilidade do formalismo do Direito e a força do Judiciário.

Assim, a idealização quanto à possibilidade de democratização do Judiciário ao assumir a possibilidade de mediar conflitos resta relativizada quando contrastada com a “experiência do direito”. Entre outros aspectos já referidos ao longo deste artigo, são os “números” que dão corpo ao que vai ser a mediação de conflitos na prática. E, nessa perspectiva, não basta afirmar de antemão que a mediação devolve a palavra que o processo tradicional havia confiscado das partes, permitindo que cada qual regule o seu próprio conflito e exponha o seu ponto de vista escutando o outro.

Enfim, se, como enunciado anteriormente e sob a inspiração weberiana, a mudança nas atividades estatais pode ocorrer com uma mudança cultural, são as ações sociais e para onde elas se dirigem que permanecem em jogo e ensinam mais “experiências do direito”.

A dita justiça de proximidade, que inspirou as ideias iniciais de uma “democratização do Judiciário” se aproxima mais do quanto perseguido pelo próprio Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD; Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves. Inserção Econômica Internacional e “Resolução Negociada” de conflitos ambientais na América Latina. In: REUNIÃO DO GRUPO DE TRABALHO ECOLOGÍA POLÍTICA DEL CONSEJO LATINOAMERICANO

DE CIENCIAS SOCIALES – Territorios, Recursos Naturales y Ecologismo Popular. 2007.

ARNSTEIN, Sherry R. Uma escada da participação cidadã. **Revista da Associação Brasileira para o Fortalecimento da Participação – PARTICIPE**. Porto Alegre/Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 2, p. 4-13, jan. 2002.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

COSTA, Andréa Abrahão. O juiz-gestor: administração da justiça no Brasil e o direito fundamental à tutela jurisdicional célere. In: BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; CAMPANHA, Breno Maifrede (Org.). **Direitos humanos em sociedades complexas**. Vitória: FDVPublicações, 2014, p. 7-20. Disponível em <http://www.fdv.br/arquivo/uploads/bli9_7ra74.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 11-37.

MANZINI, Eduardo José. Entrevista semi-estruturada: análise de objetivos e de roteiros. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE PESQUISA E ESTUDOS QUALITATIVOS, 2, 2004, Bauru. A pesquisa qualitativa em debate. **Anais...** Bauru: USC, 2004. Disponível em: <<https://www.marilia.unesp.br/Home/Instituicao/Docentes/EduardoManzini/>>

Manzini_2004_e ntrevista_semi-estruturada.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza. Metodologia qualitativa de pesquisa. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v.30, n.2, mai-ago.2004, p. 289-300. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1517-970220040002&lng=pt&nr m=iso>. Acesso em: 20 dez. 2017.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **Revista Dilemas**, v. 4, n. 1, p. 97-122, jan-mar. 2011.

MENDES, Élio Braz. **Mediação judicial**: formação, teoria e práticas do mediador judicial. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://bdpi.usp.br/result.php?search\[\]=author.person.name.keyword:%22Mendes,%20%C3%89lio%20Braz%22](http://bdpi.usp.br/result.php?search[]=author.person.name.keyword:%22Mendes,%20%C3%89lio%20Braz%22)>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução Magda França Lopes. Revisão Marilene Marodin. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NADER, Laura. **Harmonia Coerciva** – a economia política dos modelos jurídicos. 1994. Disponível em:<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LAF44obfJCsJ:www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm&num=1&hl=pt-BR&gl=br&strip=1&vwsrc=0>. Acesso em: 10 jan. 2017.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e Mediação de conflitos entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, p. 11-56, jul-dez. 2011.

PERISSINOTTO, Renato M. Indução, comparação e compreensão nas ciências sociais. Oficina de pesquisa em sociologia histórica vinculada ao Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR. Paper, 2008. Disponível em: <<http://adrianocodato.blogspot.com.br/2010/01/papers-produzidos-pela-oficina-de.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. **Reforma do Poder Judiciário: Limites e desafios**. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução Ágida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THÉRIAULT, Michelle. Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative. In: **La Revue**, Tome 74. Montréal: Barreau de Québec, p. 7-38, 2015.

VERONESE, Alexandre. Direito na fronteira ou Fronteira do Direito: Experiências de Projetos do Programa Nacional Balcões de Direito. **Cadernos Adenauer**, ano III, n. 6. O Terceiro Poder em Crise: Impasses e Saídas. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. p. 93.

ARQUEOLOGIA DO JUSNATURALISMO: DO MUNDO ANTIGO AO MODERNO, DA COSMOLOGIA À CRÍTICA CONTEMPORÂNEA

*Eva Cristina Franco Rosa dos Santos*³⁷

RESUMO: O presente trabalho buscou realizar um estudo arqueológico sobre o tema do jusnaturalismo. Para tanto, procedeu-se a levantamento de material bibliográfico, com diversas fontes do direito entendido como jusnatural, ainda por diversos autores que comentam a história e filosofia do direito, com o intuito de tecer um patamar amplo sobre os movimentos teóricos ao longo da história desse conceito de direito. Na primeira parte desse escrito, aborda-se o longo caminhar, de uma visão cosmológica sobre o jusnaturalismo, perpassa-se autores como Aristóteles, após, pelo medievo, observa-se a obra de alguns autores da patrística; chegando ao mundo moderno, observa-se a contribuição dos autores do contratualismo, compreende-se o fenômeno do embotamento do direito natural no direito posto. Após, realizou-se um estudo da crítica ao redor do conceito de jusnaturalismo, finalmente, procedeu-se a um estudo da defesa do jusnaturalismo por filósofos contemporâneos, notadamente, Fuller. Finalmente, procedeu-se a uma diferenciação sobre concepções correntes e equivocadas que costumam confundir o jusnaturalismo com uma pura e simples teoria dos princípios. O trabalho está dividido, portanto, em quatro partes: 1. Direito Natural: Da cosmologia antiga até seu embotamento nas codificações modernas; 2. Direito Natural:

37 Advogada. Escritório Franco Santos Advocacia. Professora de Direito da Universidade Federal de Goiás – Câmpus Goiás. Doctorado en Ciências Jurídicas y Sociales (Universidad del Museo Social Argentino – Buenos Aires - Argentina). Doutoranda em Direito Público (Universidade do Vale dos Rios dos Sinos - RS - Brasil). Mestrado em Teoria da História (Universidade Federal de Goiás - Brasil). Atuou como Professora na Faculdade de Direito da Universidade Católica, na Facmais, na Estácio (Brasil) e no Instituto Latinoamericano de Ciências Criminológicas (Ilacrimcs – República Dominicana). Professora Convidada em Uniagraria (Colômbia) e Universidad de Córdoba (Espanha). Atuou como Professora de Pós-Graduação em Direito na Universidade Unievangélica (Anápolis). Atuou como Coordenadora da Comissão Internacional de Direitos Humanos da OMIS (México - 2022).

Crítica e momento contemporâneo; 3. Palavras Finais e 4. Referências Bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Jusnaturalismo, História do Direito, Conceito de Direito.

ABSTRACT: This study aimed to conduct an archaeological analysis of the concept of natural law. To achieve this, a bibliographic review was carried out, encompassing various sources of law understood as natural law, as well as works by several authors who discuss the history and philosophy of law. The objective was to provide a comprehensive overview of the theoretical movements throughout the history of this concept of law. The first part of the study explores the evolution of natural law from a cosmological perspective, examining authors such as Aristotle, followed by an analysis of medieval patristic contributions. In the modern era, the study highlights the influence of social contract theorists and addresses the phenomenon of the diminishing role of natural law in codified legal systems. Subsequently, a critical examination of the concept of natural law was undertaken, followed by an analysis of contemporary philosophical defenses of natural law, particularly those of Fuller. Lastly, the study distinguishes between prevalent misconceptions that equate natural law with a mere theory of principles. The work is divided into four parts: 1. Natural Law: From Ancient Cosmology to Its Decline in Modern Codifications; 2. Natural Law: Critique and Contemporary Context; 3. Final Remarks; and 4. References.

KEYWORDS: Natural Law, History of Law, Concept of Law.

1. DIREITO NATURAL: DA COSMOLOGIA ANTIGA ATÉ SEU EMBOTAMENTO NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS

O Jusnaturalismo consiste numa fórmula conhecida pela qual, ademais do positivismo, o mundo jurídico se coloca diante do conceito de direito. Por assim dizer, uma fórmula que percorreu uma

longa história no tempo e, ainda, dentro de si mesma. Quando nos colocamos diante do tema do jusnaturalismo, o que se coloca diante de nós é a diferenciação entre o que existe naturalmente, e o que existe pelo motivo de haver sido convencionado. A ideia mesma de um direito natural tem um grande caminho histórico, e se desenvolve a partir de percepções que vão desde o cosmológico, passa pelo teológico e desemboca no racionalismo. Apesar disso, o liame que liga essa tripartição é a apresentação de um critério normativo anterior à eleição dos seres humanos (STRECK, 2017).

É possível identificar uma ordem natural que se encontra nas coisas e que reflete o padrão encontrado no mundo natural. Entre os gregos tal se refletia na ideia cosmológica, já entre os medievais isso se deu de modo teológico e, no mundo moderno, tal assumiu uma percepção racionalista, vinculada a uma espécie de lei incrustada na *ratio* humana, sendo esta alheia a uma percepção da necessidade do divino. A partir desse ditame natural, apresenta-se a possibilidade de alterar e passar uma régua no direito positivo, sendo essa uma ordem distante do tempo (STRECK, 2017).

O direito natural é um sistema de normas que se dá afora daquele posto pelo Estado. Tendo sido dividido em lei advinda da divindade, lei advinda da condição natural do ser humano e lei advinda da razão humana. Tal direito possui validação em si mesmo e é, para essa corrente, de natureza superior ao direito proveniente do ente estatal. Nessa toada, percebe-se o estabelecimento daquilo que é justiça pela própria ordem natural das coisas, diferenciando-se daquilo que é justiça a partir do que a lei afirma (STRECK, 2017).

No mundo antigo, com Sófocles, a personagem Antígona afirma que não poderá abaixar a cabeça para as leis do chefe de Estado Creonte, visto que sua autoridade política não deveria ser considerada como superior à autoridade advinda dos deuses e do que os mesmos estabeleciam como correto. Nesse sentido, a peça apresenta uma irmã que gostaria de prestar as honrarias fúnebres para seu *frater* Policines, mas que, no entanto, não poderá fazê-lo, justamente pela proibição posta por Creonte. Nessa peça, é possível observar que a natureza

representa um papel importante, que irá proporcionar uma série de reviravoltas na peça, a fim de que a ordem cosmológica encontre seu local novamente (SÓFOCLES, 1999).

Para o antropólogo Mircea Eliade, a cosmogonia insere uma ordem no caos, e cria, assim, uma espécie de centro do mundo, aí está a lei natural, essa ordem mantém o animado das coisas, a duração. O ritual fúnebre é a repetição do ato divino, repetindo o ato cosmogônico, de modo que o tempo concreto se projeta para o tempo mítico e vira, portanto, eterno. Nessa esteira, o direito natural é o direito que o grande ritual constitui em si mesmo (ELIADE, 1992).

A morte, de fato, é um tema que sempre legou para os estudiosos das humanidades grandes lições. Autores como Edward Edinger afirmam ser a tumba o local onde o mistério se revela, e também, para os antigos, tinha a característica de, se respeitados os rituais, dentro daquela crença, permitir ao *de cuius* a ressurreição. Na morte ejetase aquele que partiu do processo de vida, perdendo conexão com a energia que propulsiona a vida, onde ele sai da dualidade da mesma através da morte psicológica. O ritual permite a continuação por levar o defunto no caminho que permanece além dos opostos. Essa perda da dualidade é de fato a *mortificatio*. Assim, a operação indica que o ritual permite ainda a união dos opostos, é o que busca, já que a putrefação é o estágio logo anterior a novas formas de existência, conforme o pensamento antigo. Em Homero, por exemplo, na morte do indivíduo, aqueles que observavam achavam estar diante de um fantasma, era o retrato da alma que abandonava o corpo. Aí, o ritual busca garantir que esses pedaços da pessoa mantenham-se unidos, o corpo precisa ser vigiado por um certo tempo a fim de que haja uma saída adequada para a nova vida, a qual passa por três estágios, a *unio mentalis*, a *unio mentalis* com corpo, e a *unus mundo*, no qual aquele que passou volta-se para um grau mais elevado de porvir, unindo alma e espírito (EDINGER, 2008).

No mundo antigo, o ritual precisava ser realizado cada vez que houvesse necessidade, e buscava-se, no geral, a purificação, permitindo reencontrar as benesses divinas. A própria leitura de um

texto mágico, naquele momento, era visto como um ato divino, e o princípio da analogia entre o ritual e o que se buscava era encarado como criador mesmo daquela nova realidade. Se o rito era realizado de maneira conveniente, a divindade acedia ao pedido humano. Os deuses mesmos reclamavam o ato celebrador de rituais dos humanos, e o mau humor divino era prenúncio de inúmeros desastres, a fecundidade, a colheita, tudo desandava. O deus ofendido podia, até mesmo, esconder-se dos humanos (LÉVÊQUE, 2009).

Desse modo, percebe-se um aparato cultural, registrado na prática humana antiga, concatenado com diversos sistemas de significado, que dão base à acepção cosmológica de um direito natural, como esse que surge da prática fúnebre, a qual se apresenta como um direito que se expressa mesmo para além da chancela do chefe de Estado, tendo em vista todo o sistema de correspondências presente em determinada cultura.

O jusnaturalismo tem, assim, naquele momento, sua raiz naquilo que é bom ou que significa o justo por natureza, e opõe-se ao que advém da imposição do poder humano, no caso, a lei.

Para autores como Michel Villey, Aristóteles, em seu naturalismo, entendia que observar a natureza em seu potencial permitiria distinguir o que era justo do que era injusto. De todo modo, mesmo naquele naturalismo, havia a lei positiva, a lei colocada (VILLEY, 2009). Em sua obra *Política*, Aristóteles elabora soluções de direito, em especial o direito constitucional, sua tese é de que o homem é um animal político, *zôon politikón*, feito para viver na *polis*, pois somente essa localidade é *natural physiké*, podendo potencializar o animal político do homem. Nessa expressão, o direito natural aparece como método experimental, sendo que essa ufanação da experiência deve ser encarada afastando-se da noção de uma teoria utópica proveniente de modelos absolutos, como em Platão. Para Aristóteles, se detivéssemos a abertura para o plano do artesão da natureza, conseguiríamos chegar a conclusões seguras, mas não o tendo, precisamos, inclusive, para o filósofo da natureza, de legisladores e juízes, pois é necessário expressar e decidir especificamente cada ação (ARISTÓTELES, 2004).

Aristóteles estabelece um liame de pensar que vincula o jusnaturalismo a uma espécie de razão prática. Antes do mesmo, Sócrates entendia que existem leis não escritas, as chamadas *agrafoi nomoi*, as quais correspondiam a situações eternas, que deveriam servir de referência à vontade do ser humano. Já Cícero defendia uma lei ligada ao verdadeiro e ao domínio daquilo que é imutável, de acordo com algo que chamava de razão eterna, que entendia ser independente das diversas nações e temporalidades e, quando ultrajada, o ato que o fazia, significava que seu ator estaria renegando a própria natureza do ser humano, uma denegação de si mesmo (VILLEY, 2009).

Quando da passagem do mundo antigo para o medieval, o jusnaturalismo instala-se na Europa como uma doutrina consolidada. Para caracterizá-lo, Bobbio elenca seis pontos que podem esclarecer, quais sejam: 1. a antítese entre a universalidade do direito natural e a particularidade do direito positivo; 2. imutabilidade *versus* mutabilidade, lembrando que Aristóteles entendia ser o direito natural algo passível de mudar com o tempo; 3. as fontes do direito, algo que pode ser encontrado em Grócio; 4. o modo pelo qual o direito vem a ser conhecido, como chega ao ser humano, já que o direito natural poderia vir a ser conhecido pela razão, enquanto o positivo através da vontade de outrem, o ato de promulgação; 5. a importância da percepção acerca do objeto dos direitos, os comportamentos que se regulam, o direito natural entende que os comportamentos são bons ou maus em si mesmo, enquanto que do lado do direito posto, esses comportamentos são irrelevantes, só passam a atingir uma qualidade após sequenciados e qualificados pelo direito positivo; 6. a distinção efetuada por Paulo, envolve o conceito de utilidade, enquanto o direito natural propõe o que é bom, o direito positivo se fixa no que é útil (STRECK, 2017).

Percorrido o século V d.C. até quando apareceu a percepção mais basilar de Estado - que, embora os reinados preexistentes, se formulou, mais claramente semelhante ao que conhecemos hoje, embora, evidentemente sem o que atualmente conhecemos como “de direito” - apareceu uma mixagem entre o que se percebe como

uma lei imutável, eterna, com outra normatividade proveniente do mundo físico. Tal pode ser compreendido pela relação entre natureza e Estado que está em autores como Aquino. Nessa toada, até Hobbes, com sua veia artificialista quanto ao ente estatal, a visão permaneceu, quando então, este último, rompeu com o conceito de animal político de Aristóteles. No pós Locke e Grócio, percebe-se, já, uma mudança, quando elementos do racionalismo são adicionados à noção de natureza (STRECK, 2017).

Em oposição à Escola clássica, a moderna do jusnaturalismo se afasta da percepção de um grande sistema usando do método experimental. Lembrando que Aristóteles compreendia que o espírito dependia do sensível e, sendo o ser humano livre, a realidade a ser transformada em regras também deveria ser mutável, bem como a própria noção do que é justo ou não (STRECK, 2017).

No século XIV, Guilherme de Ockham, um escolástico franciscano, inaugurou a chamada via moderna, que surgiu na esteira do nominalismo de Roscelino e Abelardo, corrente essa que estava em voga em Oxford. Observa-se o rompimento do direito natural mais clássico com as teorias positivas. O mundo exterior não é apenas uma poeira de átomos em desordem, inclui ainda classes como os animais, os seres humanos, os cidadãos, os quais deixam de ser encarados apenas como conceitos, e passam a ter, para essa corrente, uma validade real; essa é, de fato, a metafísica realista, a qual permitiu observar um direito da natureza particular. Tal visão foi encarada com ojeriza pelos franciscanos, mas foi, por outro lado, defendida na percepção da relação entre o divino e a razão fixa; percepção, inclusive, muito mais próxima de autores como Averróis, que do jusnaturalismo em sua acepção clássica (VILLEY, 2009).

Ockham entendia que a razão natural do ser humano tinha por objeto não simplesmente os universais, estas naturezas, mas as coisas de modo individual, tal qual Deus as havia criado. Nesse sentido, o decálogo das vedações é um direito que Deus pôs, desse modo, em sua origem, não seriam ruins nem bons, porém, simplesmente, passavam a ser válidos justamente pelo fato da divindade tê-los colocado. Daí,

o *jus naturale* era encarado como o *jus* antes da formação da cultura e costumes do homem. O fato da noção de direito subjetivo estar ausente da história do direito antes do nominalismo, se dá muito porque Aristóteles, por exemplo, não construía a ciência jurídica sobre o homem, e sim sobre a natureza mesma e o cosmos como um todo; isso, antes do avanço do moderno individualismo, significava que o direito se ligava, nesse momento anterior, às coisas em si (VILLEY, 2009).

Já com Lutero, tem-se o abandono do direito natural em sua vertente clássica, já que para esse autor, o direito natural corresponde ao que a escritura diz, ou seja, ao que é ditado por Deus. Lutero pode até mesmo ser entendido como alguém que usou a expressão direito natural no sentido não muito corriqueiro para sua época. Tendo sido familiarizado nesses assuntos dentro da corrente nominalista, fez, também por características de sua época, uma espécie de ataque à razão, vendo em Aristóteles um verdadeiro pagão. Com ele, inclusive, é que nasce naquele período e local, o irracionalismo, responsável por dar firmeza a diversas vertentes (VILLEY, 2009) do que depois seria a filosofia alemã reconhecida pelo mundo inteiro, como o romantismo, por exemplo.

De um direito divino que fortalece a noção de trono, a filosofia moderna chega à concepção de liberdade vinculada à lei natural, a qual está representada por autores como Milton, Rousseau, Mary Wollstonecraft, a qual fez até mesmo uma teoria de direito natural para os direitos das mulheres. Esse é, de fato, o contexto mesmo do Iluminismo, com as ideias chamadas de modernas, com guerras religiosas que devastaram toda a Europa nos séculos XVI e XVII, percebe-se, com isso, uma transformação que culminou uma diminuição das ideias religiosas, embora, evidentemente, não na sua extirpação por completo. Ainda nesse interim, a razão humana passou a ser vista como o mais importante. O sistema feudal decaiu, o mercantilismo sobressai, os povos acreditam no Estado como ordenador da riqueza, isso leva, por outro lado, à colonização de diversos povos. A burguesia aparece como classe média entre a nobreza e o campesinato e, a briga

mesma entre as monarquias e os nobres levou à Revolução Francesa, Inglesa e Americana. A retórica universal estava a questionar o poder centralizado. Aí, vinculado, primeiramente, à noção liberal e burguesa, o direito natural humano se afirma, já que agora, nesse contexto iluminista, o indivíduo sobressaiu como pedra de toque da nova era que se avizinhava (FLEAY, 2010).

Desse modo, a ideia central desse Estado que se formava a partir de então era proteger a liberdade do indivíduo, bem como a ele mesmo. Nessa mesma esteira, o racionalismo compreende que é a razão a qual permitirá a evolução do ser humano e, juntamente com esse aparato, apresenta-se a secularização, contexto no qual o parlamento passa a ter força, em detrimento das autoridades clericais. Nesse contexto, os liberais buscam suportar governos constitucionais, ao invés de autocracia. Também se fala na importância do Estado de Direito e na separação de poderes. Aí que Hobbes, Locke, Wollstonecraft e Kant, teóricos do contrato social, mas não apenas, que utilizam, apesar de não todos, das ideias do direito natural para fortalecer essa tríade que surgia no mundo jurídico sob o apogeu burguês: o princípio da presunção de liberdade, o princípio da reserva normativa e da Constituição como garantidora de direitos individuais (FLEAY, 2010).

Para Locke o direito natural, e também, o homem no estado de natureza, era moral, racional, independente, e as leis naturais existiam para controlar as ações dos seres humanos, libertando-os de sua anarquia, seríamos mesmo governados pelas leis naturais. Com o advento da razão, mesmo em Locke, teríamos descoberto que deveríamos evitar o mal e fazer o bem. Essas leis restringem o que fazemos, são universais e objetivas, chegamos, portanto, às leis naturais a partir da razão, e elas ditam os direitos naturais e obrigações naturais. Locke propugnou o direito à vida, liberdade e propriedade, sendo obrigação de todo homem, não violar esses direitos nos outros. Tal direito vem do reconhecimento da igualdade de uns perante outros. Vem da percepção de que somos criados por Deus e não devemos violar a lei divina. No estado de natureza, o ser humano tem mesmo,

para Locke, o direito de forçar seus direitos à liberdade, propriedade e vida, e ainda o de punir quem os viola (FLEAY, 2010).

De todo modo, as proposições de Locke não incluíam as mulheres de maneira explícita, é quando Mary Wollstonecraft passa a escrever seus pensamentos a esse respeito. Em 1700, a autora entende que como homens e mulheres têm a capacidade de raciocinar, e isso é o que dá a dignidade para os seres humanos, então os homens e mulheres devem ser considerados iguais em termos de valia moral. Ou seja, o pensamento da autora busca da via racionalista para alargar a franquia dos direitos naturais para além daquela onde desde a modernidade passou a ser depositada, no homem. Entende a autora que, se os homens são cidadãos, portanto, as mulheres também deveriam ser (FLEAY, 2010).

Assim, Wollstonecraft tentou mudar o discurso dos direitos naturais para direitos da humanidade que conhecia. Algum tempo, depois, com Kant, fala-se em uma universalidade de direitos, garantias universais a partir da razão, o imperativo categórico como chave para compreender os direitos naturais, por trazer no bojo a noção de universalidade do valor humano (FLEAY, 2010).

No século XVIII, com documentos jusnaturalistas como a *Declaração de Independência dos Estados Unidos*, de 1776, a qual afirmava que todos os homens são possuidores de direitos inalienáveis, como o direito à vida, a liberdade e a busca por felicidade, bem como com a Declaração Francesa de Direitos do Homem de 1789, que mencionava direitos naturais inalienáveis e ainda propugnando a sacralidade desses mesmos direitos, juntamente com o desidério de que as associações políticas tinham por finalidade preservar os mesmos (STRECK, 2017), mais uma camada de significado foi colocada no caminhar da história do direito natural, agora, com sua transformação em documento escrito e chancelado pelo Estado.

Desse modo, nesse longo caminhar de um conceito de direito, nessa busca arqueológica pela história desse conceito, compreende-se que o fundamento no mundo antigo eram as divindades, já no mundo medieval, juntou-se essa doutrina com a separação operada,

de certa forma, vinda do agostinismo neoplatônico, que se dava entre mundo das estrelas e realidade sublunar, teologizando a mudança, e os relógios (POMIAN, 1993); por outro lado, os franceses vinculam a vontade popular suprema da nação, transformando radicalmente a relação entre sociedade e Estado conforme os princípios do direito natural.

Com o século XIX, aquilo que deu gás ao jusnaturalismo, também significou sua derrocada, isso está explícito pelo advento das grandes codificações, como a napoleônica e a prussiana, as quais trouxeram o assoalho fundamentador de uma postura de maior consideração para com as leis. Na escola histórica do direito mesmo, Gustavo Hugo irá dizer que o direito natural corresponde a uma teoria geral do direito, e não mais um sistema autossuficiente (BOBBIO, 2016).

Nesse período, o jusnaturalismo conseguiu se impor, justamente, pelo fato de o caráter absoluto e universalista de seu conceito dava guarida a uma reforma da legislação de cunho racional. A grande contradição estava em que após o ato de transpor o direito natural para o positivo, qualquer outro direito além do positivado parecia ser inexistente, como se houvesse ocorrido um processo de *rebotamento do direito natural* (STRECK, 2017).

Desse modo, a visão clássica sobre o direito natural encarava o mesmo tal qual uma ordem natural do coexistir dos homens, no entanto, o que orquestrava essa ordem era algo externo, uma espécie de *telos*; com a passagem do tempo e a mudança interna ocorrida dentro deste conceito, no mundo moderno, a ordem orquestradora passa a ser a razão matemática presente nos seres humanos. O direito positivo, que procedera um ato fágico do direito natural, coloca para os teóricos a partir de então a questão sobre qual seria a necessidade de continuar fazendo menções ao direito natural, tendo em vista essa incorporação do mesmo pelo direito positivo (STRECK, 2017).

Assim, diversos autores concordam que apenas com o pós segunda guerra é que readentra o jusnaturalismo de maneira mais enfática na cena, buscando organizar uma crítica aos regimes totalitários; tal fato, de uma maneira ou de outra, leva-nos à conclusão

que o jusnaturalismo foi aproveitado, desde meados dos oitocentos até meados dos novecentos, como solução para situações críticas em diversos cantos do globo terrestre, servindo como narrativa contestatória diante de realidades estatais embrutecidas (STRECK, 2017; BOBBIO, 2016; VILLEY, 2009).

De todo modo, tal retorno à percepção jusnatural ocorreu juntamente com diversas mutações no seio do próprio conceito de direito, como o afastamento da mesma com relação à ideia de imutabilidade e eternidade, dado que aquele congelamento temporal significava, de certo modo, a fixação de uma saída jurídica encontrada por certa comunidade política em algum momento do tempo e espaço (STRECK, 2017).

2. DIREITO NATURAL: CRÍTICA E MOMENTO CONTEMPORÂNEO

Uma parte importante da crítica ao direito natural veio do próprio seio positivista no século XX. Alguns autores, como Hart, expuseram argumentos perspicazes no sentido de expor uma incompreensão terminológica geral. Qual seja: a de que existem parâmetros do agir humano os quais estariam aguardando para serem desvelados, e que a lei positiva deveria buscar uma adaptação perante os mesmos, com o fim de buscar uma validade. Mostra que a tese de que as formas pelas quais os seres humanos devem se conduzir pode ser encontrada pela razão humana, é uma clara percepção moderna da coisa, não apenas pelo racionalismo, mas ainda porque na antiguidade tal era uma percepção corrente sobre a natureza em si (HART, 2009).

Também ao se olhar para o debate entre Mill e Montesquieu, é possível, para Hart, encontrar uma saída para esse emaranhado terminológico que prende, segundo o autor, falsamente, a crítica ao positivismo jurídico numa confusão acerca do significado da palavra lei, resultando em incompreensões diversas sobre a distinção entre direito natural e direito positivo. No seu *Espírito das Leis*, Montesquieu

pergunta-se sobre o motivo pelo qual, enquanto as estrelas e os animais respondem às leis da natureza, aquela criada por Deus, por qual motivo os homens também não o fariam, caindo sempre em seio pecaminoso. Mill teria sido um dos primeiros a identificar o problema da confusão terminológica, pois há uma diferenciação aí que não é levada em conta, de leis que descrevem um fato, e podem ser observadas e conhecidas pela ciência através do raciocínio, e aquelas leis que são apenas exigências de como os seres humanos devem se comportar; enquanto as leis humanas podem ser violadas, as da natureza não. Assim, portanto, para Hart, há uma tendência das doutrinas do direito natural em ignorar a diferenciação entre a característica prescritiva ou descritiva das leis (HART, 2009).

Outra questão que favorece, equivocadamente, para Hart, a adoção do conceito de direito natural, é sua presença no andar da apologia a verdades elementares, as quais, afirma, são interessantes tanto para o âmbito do direito, quanto o da moral. Não obstante, essas verdades elementares, se olhadas mais de perto, será que de fato apresentam um conteúdo? Hart questiona, com sua mente contemporânea, que muito do que é visto pelos defensores do jusnaturalismo como lei elementar da natureza sobre o ser humano, é a sobrevivência de um pensamento teleológico, que nem mesmo a redução das leis da natureza, no âmbito humano, à esfera de suas necessidades orgânicas básicas, nem mesmo isso era o que de fato compunha esse doutrina no momento clássico, quando afirma que, por exemplo, para Aristóteles mesmo não o era, quando o próprio incluiu como direito natural o “cultivo desinteressado do intelecto humano, e São Tomás de Aquino [incluiu] o conhecimento de Deus”. Entende, pois, que muito do que foi visto como direito natural, poderia facilmente ser encarado como uma questão cultural de algum povo, nada, realmente, universal. De todo modo, apesar da crítica, Hart não nega inteiramente o direito natural, vendo no mesmo, como na propriedade, na vida, na igualdade aproximada, uma forma de que os seres humanos “retenham suas características mais evidentes”, nesse

sentido, Hart pode ser compreendido como um positivista moderado (HART, 2009, p. 248-258; STRECK, 2017b).

Dworkin entende a teoria do direito natural, observando sua miríade de subdivisões, como deveras extrema, pois alguns de seus adeptos chegam, inclusive, a entender direito como sinônimo de justiça, de modo que uma proposição legal injusta nunca seria verdadeira. A esse conceito de direito, tensiona as proposições, inclusive de positivistas como Hart e Austin, um com sua percepção de que só é lei o que a sociedade aceitou e, o outro, que só o é aquilo que simplesmente passou pela autoridade do Estado ou de um grupo de poder ali dentro. Nesse apanhado, pergunta-se, seriam leis aqueles conteúdos editados pela Alemanha nazista, se, por exemplo, pressupormos que a população só o aceitou por medo? Dworkin afirma que lei é diferente de justiça, enquanto esta diz respeito à melhor teoria da moral, a lei é uma questão de que direitos, que tenham sido incluídos em momentos anteriores da decisão política, são passíveis de serem usados para justificar a força estatal, assim, de certa forma, também realiza sua crítica a certos conteúdos extremados do que se convencionou adotar em algumas acepções do direito natural (DWORKIN, 2021).

Na primeira metade do século XX, grande crítica se levantou contra o direito natural, em autores como Hans Kelsen, o qual criou um sistema jurídico de inspiração em David Hume. A crítica consistia, entre vários aspectos, no equívoco em subtender-se uma “proposição de dever” a partir “da afirmação de que algo ‘é’”, o que significava criticar o ato dedutivo de normas de cunho moral a partir da simples observação factual. Kelsen estabeleceu a compreensão de um sistema jurídico a partir de sua acepção como uma estrutura normativa, ou seja, “proposições de dever”, as quais teriam validade, de maneira autônoma no que diz respeito a seu conteúdo de moralidade. Justo é dizer que naquele momento, essas teorias ainda não tinham tanta repercussão, mas foram ganhando o corpo das instituições com o passar do tempo (KELLY, 2010, p. 470).

No entanto, no início do século, o antiformalismo ocupou um importante espaço também, buscando o que havia por detrás da letra

da lei. Após o aparecimento de teses do formalismo jurídico, como a kelseana, a doutrina do direito natural, que havia se escondido com o crepúsculo do século XIX e no início do século XX, em “pequenos bolsões de resistência católica”, volta a aparecer, aproveitando, principalmente, as ruínas que haviam restado do fim do 2º conflito mundial, expandindo-se para além do mundo patrístico (KELLY, 2010, p. 473).

Muito claramente, na Irlanda, um evento curioso marcou o renascimento dessa influência do direito natural, uma emenda à Constituição do Estado Livre Irlandês, que, nos anos 1930, buscou criar um tribunal de exceção militar, dando permissão aos juízes dessa corte estabelecerem qualquer tipo de pena possível, inclusive de morte, contra civis opositores do regime. Ao chegar à corte constitucional em 1934, o presidente da corte, Hugh Kennedy, fez uma inspirada declaração tendo por base o direito natural, afirmou expressamente que uma decisão de tribunal contrária aos direitos naturais é nula. Na Itália também houve uma grande ufanação do direito natural, com autores como Del Vecchio, quem pronunciava que o Estado não estava autorizado a realizar nenhuma tarefa incompatível com a finalidade de “proteger os direitos que naturalmente pertenciam aos homens” (KELLY, 2010, p. 499).

Clássica também é a defesa de Radbruch, que havia participado antes do movimento ‘direito livre’, o qual acusa de ter sido utilizado pelo nazismo, mas que é conhecido por suas falas afirmando a importância do direito natural para fazer frente aos desmandos da lei posta por determinadas autoridades políticas (KELLY, 2010).

Assim, é possível ver um renascimento desse conceito de direito no pós 2ª Guerra. Nesse renascimento, urge falar de autores como Lon Fuller, quem em escritos como *The Morality of Law* e *Positivism and Fidelity to Law* atesta algumas questões como, usando-se da alegoria de um rei que exclui todas as leis de suas terras para criar um novo conjunto das mesmas, passa por uma série de apuros para criá-lo. Nessa alegoria, Fuller expõe os problemas do embasamento do direito em sistemas criados, onde aborda problemas como: 1. falhas na

publicidade das leis, ou em torna-las conhecidas a quem interesse; 2. o abuso de legislação retroativa a problemas passados; 3. dificuldade em tornar as regras compreensíveis; 4. a chegada de regras contraditórias; 5. regras que prescrevem condutas que vão além dos poderes possíveis dos seus destinatários; 6. falha de congruência entre prescrição e aplicação administrativa das regras (FULLER, 1969).

Apontando todo esse conjunto de falhas, Fuller defende que um dito sistema que as acompanha, nem ao menos merece ser chamado de sistema legal, impugnando que não há racionalidade em querer que um cidadão obedeça uma regra que não existe ainda, que não conheceu, que seja ininteligível, que seja contraditória com outra regra legal, ou impossível de ser cumprida, ou que mude de natureza a cada momento. Explica que quando o poder coloca uma regra, caso venha a inobservá-la, cortará o laço de fidelidade com o cidadão, fato que piora a situação quando adicionado a uma contingência de deterioração geral das legalidade, como ocorrida, por exemplo, na Alemanha nazista. O que leva ao reconhecimento de uma situação em que o principal objetivo do poder, passa a ser, paulatinamente, não efetivamente criar regras, mas sim estabelecer um controle e amedrontamento dos cidadãos, daí que o autor faz uma importante distinção, entre um respeito puro e simples pela autoridade no poder, e fidelidade à lei, pois lembra, são coisas distintas (FULLER, 1969).

Assim, Fuller busca fazer uma crítica que se choca com o pensamento de Austin e de Hart, que haviam, algumas décadas antes, cada um à sua maneira, relacionado cumprimento da lei e validade da mesma. Assim, portanto, surge no seio do direito natural, uma crítica que dará novo gás à teoria do direito.

Além disso, o autor americano afirma que sua teoria em nada tem a ver com lei morais que estariam situadas nos céus, sendo completamente terrestres, não seriam leis mais altas, elas não exaurem o todo da vida moral do homem. Expõe que sua teoria está preocupada com a questão da moralidade da lei, e nisso se difere de outros autores clássicos do direito natural, mais preocupados com questões como a chamada lei natural substancial. A moralidade da lei

está por exemplo, na noção de que o direito não pode se contradizer. Nesse ponto, chega à conclusão de que autores como Aquino, e toda a grande maioria dos demais jusnaturalistas, quando tratam sobre questões vinculadas à moralidade do direito, o fazem de maneira residual. Entende que não há resposta simples para questões como se os princípios formam a parte integral da tradição do direito natural, ou se são rejeitados invariavelmente pelos autores positivistas. O que tem certeza é que não há um padrão evidente, então, por exemplo, afirma que Austin enxerga na lei uma política superior, enquanto Bentham se preocupava, em certos aspectos, com a moralidade da lei (FULLER, 1969).

Também observa o autor que essa sua preocupação com a moralidade do direito tem um sentido comum, que se repete ao longo da história legal e jurisprudencial, então cita por exemplo a Constituição dos Estados Unidos, que tem uma certa preocupação vinculada à moralidade da lei, justamente por ter surgido no seio de um momento histórico conturbado. Além disso, sobre o momento histórico, entende uma profunda contradição no seu, ao dar-se conta de que os cidadãos do seu tempo não são capazes de fazer apelo algum à natureza do homem na hora de estabelecer regras, enquanto que preferem liar-se a posições subjetivas como proposições legais, desde que estejam expressas em algum local evidente, ainda que obscuras. Apesar disso, compreende que no judiciário sempre houve desenvolvimento de regras tendo por base a “natureza e razão de determinada coisa”, de modo que compreende esse conceito de direito ser sim já usado na prática, só não é adotado de maneira mais franca ou honestamente resolutiva (FULLER, 1969, p. 102).

De uma maneira ou de outra, agora que Fuller preencheu o coro da crítica ao positivismo, é necessário fazer um pequeno esclarecimento sobre o que o positivismo não é, apenas para deixar claro o que se entende por esse conceito, e como, apesar de opiniões de uns ou outros autores, ele deveria ser melhor compreendido. Em primeiro lugar, ele não consiste em “aplicar a letra da lei”, são muitos autores, com diversos tipos de visões, as quais se afastam dessa

expressão entre aspas, que mais correntemente é evocada no mundo popular. Além disso, o positivismo não tem preocupação maior com a questão decisória, sendo uma “tese conceitual do direito, que pretende descrevê-lo enquanto sistema normativo distinto da moralidade”, tem, portanto, um caráter empirista e descritivista; separa valor e fato, sendo o direito uma convenção (STRECK, 2021).

Ademais, ainda fica a questão da moral, comumente relatada como aquilo que distingue a preocupação jusnaturalista da juspositivista. Sobre esse sentido, é importante afirmar que com a virada epistemológica pós heideggeriana, a razão teórica, vinculada ao que é verdadeiro e o que é falso, abandona o critério de oposição à razão prática, juízo que se vincula ao que é errado ou certo. Nesse sentido, direito e moral não aparecem mais como separados e, ao se pensar nas formas de enunciar o problema entre direito e moralidade, estão as teses: da vinculação, que afirmam que há uma relação entre direito natural e moral; a tese da separação, a qual afirma que está separado o positivismo jurídico da moral; a tese da complementariedade, que está em autores como Alexy, o qual afirma que existem locais diferenciados onde há uma atuação entre direito e moral; a tese onde o direito apareceria como uma situação específica de narrativa ligada à moralidade; a tese da cooriginariedade, que está em autores como Dworkin e Habermas, de que a solução de uma lide não está na dependência apenas de um congelamento epistemológico, se a demanda passar por um *decisum* adequado, ali mesmo já se estará involucrando, a um só passo, moral e direito.

Tal tema é tão digno de maiores observações que, em seu livro *Império da Lei*, por exemplo, Dworkin afirma que em uma determinada comunidade política, as pessoas compreendem que seus destinos estão vinculados, de modo a conceber seu governo conjunto por princípios em comum, ademais de regras estabelecidas pelo poder; a partir dessa insistência nos princípios, certos autores dirão que Dworkin se filia ao jusnaturalismo, porém, isso só é verdade se utilizarmos aqui uma perspectiva dualista (DWORKIN, 2021), se, ao contrário, pensarmos

esse tema a partir da complexidade pós heideggeriana, então essa dualidade pura e simples perde sentido.

Além do mais, é incorreto reduzir o jusnaturalismo simplesmente à “doutrina dos princípios”. Autores como Alexy demonstram como os princípios e as regras se acomodam em um jogo onde não há muito claramente um papel estanque para um e para outro. Em seu ponto de vista, ambos fazem parte das normas. É claro que, a distinção entre regras e princípios é importante, dado que é o ponto nodal de uma teoria dos limites, da colisão e do local dos direitos nos sistemas jurídicos. Além disso, reconhece que tal diferenciação abre as portas da observação das paredes da racionalidade na teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 1993).

Mas Alexy, um positivista que desenvolveu uma teoria argumentativa do direito, compreende que tanto normas, como princípios, são expressões deônticas fundamentais do mandato, da permissão e da proibição e, nesse sentido, embora haja uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios (princípios como mandatos de otimização e regras como desideratos para serem cumpridos ou não), entende que essa distinção não é tão estanque. Assim, cita, por exemplo, Raz, que aborda a noção de princípios como razões para regras, e ainda como razões para decisões. Esser, por sua vez, compreender que o princípio não é diretriz, mas sim uma razão que explica a diretriz; mas conclui que os princípios também podem ser fruto de tradições de normas específicas ou de *decisum* judicial. Assim, o princípio, com esse autor, perde seu caráter celestial, e ganha uma vivência prática, num jogo, muito próximo das regras e demais normas que são encabeçadas por elas (ALEXY, 1993).

Termina o autor por apresentar algumas objeções contra o conceito de princípio. Quais sejam: 1. a percepção da invalidade dos princípios; 2. a percepção de que alguns princípios são absolutos e não podem, portanto, estar numa situação de preferência diante de demais princípios; 3. a percepção de que, por ser tão amplo, o conceito de princípio passou a ser inútil, por abarcar todos os interesses passíveis de serem implicados nas mais diversas ponderações (ALEXY, 1993).

Assim, resta evidente que simplesmente elencar o jusnaturalismo como o conceito de direito que usa dos princípios como sua ferramenta, pode ser um certo equívoco.

3. PALAVRAS FINAIS

Por fim, portanto, o caminho das teorias jusnaturalistas passa por uma grande teia arqueológica, intrincada, com diversas influências ao longo dos séculos, de um aparato cosmológico, a um teológico, a uma racionalista. Recebe uma grande influência dos contratualistas, é usado como base para a criação de uma teoria dos direitos fundamentais, passa a ser constitucionalizado, passa por um embotamento durante o período positivista no século XX, após as grandes guerras, passa a receber um novo gás enquanto teoria, mas nunca deixou de ser criticado por diversos autores do positivismo, especialmente na forma como era levado a cabo na teoria do dia-a-dia, aquela que queria reduzi-lo a percepções simplistas, sem levar em consideração essa realidade arqueológica que esconde a riqueza tanto de seus detalhes quanto de suas próprias contradições e sentidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e Positivismo*. São Paulo: Unesp, 2016

DWORKIN, Ronald. On Semantic Theories. In: *Law's Empire*. Oxford: Bloomsbury Press, 2021.

EDINGER, Edward. F. Na Tumba. In: *O Mistério da Coniunctio*. São Paulo: Paulus, 2008.

ELIADE, Mircea. *O Mito do Eterno Retorno*. São Paulo: Mercuryo editor, 1992.

FINNIS, John. *Natural Law & Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. FLEAY, Caroline. What do we mean by human rights? In: *Australia and Human Rights*. Sydney: Cambridge Scholars Publishing, 2010.

FULLER, Lon. L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HART, H. L. A. O Direito natural e o positivismo jurídico. In: *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. PP 239-250.

KELLY, John M. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

LÉVÊQUE, Pierre. Rituais e magia. In: *As Primeiras Civilizações*. Lisboa: edições 70, PP 419-429.

POMIAN, K. *Enciclopédia Einaudi*. vol. 29. Tempo/Temporalidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1993.

SÓFOCLES. *Antígona*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Jusnaturalismo. In: *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. PP 165-182.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. Sete erros comuns sobre sete afirmações comuns sobre o positivismo. In: *Consultor Jurídico*. 22, jul, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-22/senso-incomum-sete-erros-sete-afirmacoes-comuns-positivismo>

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009

DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO: A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FERRAMENTA PREVENTIVA DE LITÍGIOS ENTRE HERDEIROS

*DIAS, Rodrigo Dantas*³⁸

*BARBOSA, Ana Cláudia de Brito*³⁹

*SILVA, Lóren Juliane*⁴⁰

RESUMO:

A relação entre o desgastante processo sucessório e a criação de litígios familiares se mostra recorrente e complexa, dado os interesses envolvidos no assunto e o longo tempo necessário para a resolução da situação na maioria das vezes. Assim, percebe-se que o meio judicial impede o efetivo acesso aos direitos, tendo em vista que o longo tempo em espera e os altos gastos acaba criando imbróglis entre os herdeiros envolvidos. Nesse viés, faz-se mister entender como os meios de autocomposição podem ser utilizados como uma ferramenta de diminuição de litígios entre herdeiros, assim, será possível analisar criticamente se a desjudicialização de fato contribui para a agilidade e eficiência do processo sucessório. Trata-se de uma pesquisa de método indutivo com técnica bibliográfica, a partir do exame de reportagens, doutrinas, Trabalhos de Conclusão de Curso e até mesmo outros artigos científicos. Além disso, convém frisar que, para atenuar os litígios existentes, deve haver maior incentivo da utilização da autocomposição como meio de efetivação dos direitos

38 Mestre em Direito Público pela PUC/MINAS - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Pós-graduado em Direito Econômico Empresarial e Direito Processual pela UNIMONTES - Universidade Estadual de Montes Claros (2007 - 2008). Graduado em Direito pela FADOM - Faculdades Integradas do Oeste de Minas (2005);rodrigo.dias@unimontes.br

39 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros; aclaudiabarbosab@gmail.com;

40 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros; lorenjuliane714@gmail.com;

sucessórios, diminuindo o tempo de espera, simplificando o processo e cumprindo com o devido acesso à justiça dos envolvidos.

Palavras-chave: Desjudicialização. Autocomposição. Herdeiros.

ABSTRACT

The existent relation between the exhausting succession process and the creation of family disputes appears to be recurrent and complex, given the interests involved in the matter and the long time required to solve the situation in most cases. Thus, it is clear that the judicial system prevents effective access to rights, considering that the long waiting time and high expenses end up creating disputes between the heirs involved. In this sense, it is necessary to understand how the means of self-composition can be used as a tool to reduce disputes between heirs, thus, it will be possible to critically analyze whether dejudicialization actually contributes to the agility and efficiency of the succession process. This uses an inductive method of research with bibliographic technique, based on the examination of reports, doctrines, Course Conclusion Papers and even other scientific articles. Furthermore, it should be noted that, to mitigate existing disputes, there must be greater encouragement to use self-composition as a means of implementing inheritance rights, reducing waiting times, simplifying the process and ensuring due access to justice for those involved.

Keywords: Dejudicialization. Self-composition. Heirs.

INTRODUÇÃO

O Direito sucessório, para além de questões jurídicas de regular a transferência de patrimônio da pessoa falecida para os seus herdeiros, envolve também as subjetividades, sentimentos e interesses de familiares. É diante desse cenário que controvérsias podem eclodir, e com elas a necessidade de contorná-las de modo a suavizar embates familiares.

Surge, assim, a inquietude de entender de que forma a autocomposição pode ser utilizada como uma ferramenta eficaz para a desjudicialização do direito sucessório e sua relevância, abrandando litígios entre herdeiros e garantindo a celeridade e a segurança jurídica.

A relevância temática trazida para o âmbito acadêmico por meio desta pesquisa é demasiada, ao considerar a proximidade do tema ao cotidiano social, assim como por viger a necessidade atual latente em se conhecer e conscientizar a respeito dos meios alternativos de resolução de conflitos, a fim de que sejam cada vez mais empregados em diversas áreas jurídicas, como no Direito das Sucessões.

Ante tamanha relevância, o objetivo geral do presente artigo é o de analisar a eficácia da autocomposição como ferramenta de desjudicialização no direito sucessório, avaliando seu impacto para dirimir litígios entre herdeiros e na garantia da celeridade e segurança jurídica nos processos de inventário e partilha de bens.

Como objetivos específicos, buscou-se entender e conceituar a desjudicialização no direito sucessório e suas modalidades, investigar os requisitos legais e as condições necessárias para a utilizar a via extrajudicial no Direito das Sucessões, estudar o papel dos operadores do Direito na facilitação da autocomposição entre herdeiros, avaliar a segurança jurídica dos acordos de autocomposição celebrados entre sucessores.

Como metodologia utilizada para alcançar os objetivos visados, usa-se o método de abordagem indutiva. Ao tratar-se da metodologia procedimental, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica, em que foram estudados outros artigos científicos, Trabalhos de Conclusão de Curso, reportagens e doutrinas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

A princípio, é importante destacar que há um esforço contínuo ao longo da história para garantir que todos tenham acesso à justiça e o direito de lutar por seus direitos. Nesse sentido, Moschen, Bernardes, Carneiro (2022) - em sua análise sobre a obra *O Acesso à Justiça*, do autor Mauro Cappelletti - postulam sobre as três ondas que visam ultrapassar os obstáculos enfrentados pela sociedade, para que o acesso à justiça seja efetivado. A terceira onda, vivenciada na atualidade, visa o acesso à justiça, propondo que os conflitos sejam resolvidos da melhor forma, visando a verdadeira efetivação dos direitos e solução dos litígios. Para isso, os métodos autocompositivos podem ser uma alternativa para alcançar o acesso à justiça (Moschen; Bernardes; Carneiro, 2022).

Tal afirmativa encontra sustentação nos princípios fundamentais do Estado de Direito, em que o acesso à justiça se revela como um de seus princípios fundamentais, garantindo a todos seu acesso de maneira igualitária. Esse direito é essencial para assegurar os demais direitos fundamentais, como sua dignidade, liberdade e segurança, dentre outros. Isso significa que todas as pessoas devem ter a oportunidade de buscar reparação ou defesa de seus direitos perante as figuras jurídicas, independentemente de qualquer vulnerabilidade social.

Entretanto, com a ampliação do acesso à justiça, percebe-se também, na sociedade brasileira contemporânea, uma crise no Poder Judiciário, por não conseguir suportar tamanha carga processual demandada, devido a ausência de infraestrutura para prestação do serviço jurisdicional.

Atualmente, o acesso à justiça abrange não apenas o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas também a garantia de um ordenamento jurídico justo, abrangendo a existência de leis adequadas e sua aplicação eficaz para a proteção dos interesses coletivos. Nesse

sentido, o acesso à justiça estende-se à participação da sociedade na construção e na implementação de políticas públicas que visam à prevenção de conflitos, à mediação e à conciliação de litígios, bem como a necessidade de que sejam aplicadas de forma eficaz, para proteger o interesse dos envolvidos.

No que se refere ao Direito Sucessório, a crise do Poder Judiciário pode ser observada em diversas situações, sendo a principal a dificuldade de acesso aos direitos dos herdeiros e legatários em juízo. Muitas vezes, esses indivíduos não têm condições financeiras para arcar com os custos de um processo judicial, o que acaba inviabilizando o exercício de seus direitos. Ainda, outro aspecto que evidencia a crise é a demora na resolução de processos que envolvem questões sucessórias, sendo que essa demora prejudica predominantemente as populações mais pobres, que na grande maioria das vezes dependem dos bens deixados pelo falecido para sua subsistência.

De acordo com Bezerra (2020), a crise do Poder Judiciário é uma das principais causas para a desjudicialização do Direito Sucessório, que se revela especialmente por meio do inventário extrajudicial. De acordo com o autor, a desjudicialização é uma importante medida para garantir a eficiência, a rapidez e a segurança na resolução das questões sucessórias, mas, para isso, é essencial que o Poder Judiciário atue de forma mais célere e efetiva na solução dessas questões.

No âmbito do Direito Sucessório, a desjudicialização mostra-se uma das possíveis soluções para a crise do Poder Judiciário, sendo que a mediação, a conciliação e os meios administrativos são essenciais para que isso ocorra. Conforme Silva (2014), as modalidades consensuais de resolução de conflitos se diferenciam pelo objetivo “A conciliação visa definir um valor de acordo, ao passo que a mediação visaria a uma composição mais detalhada sólida do conflito”.

REQUISITOS LEGAIS E AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA A REALIZAÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS POR VIA EXTRAJUDICIAL

De acordo com o princípio da Saisine que consta no artigo 1.784 do Código Civil de 2002-CC/0248 (Brasil, 2002) , no momento da morte ocorre a transmissão instantânea da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Entretanto, para materializar a transferência patrimonial, é necessária a realização de um inventário judicial pelos legitimados, na forma do art. 1.991 e seguintes do CC/2015 (Brasil, 2015). Nessa fase, serão levantados os bens e obrigações do autor da herança, de modo a definir o quantitativo patrimonial que será objeto da partilha.

A Lei nº 11.441/2007 (Brasil, 2007) trouxe importantes inovações para o processo de desjudicialização no Direito Sucessório, tendo instituído a possibilidade de realização do inventário extrajudicial. Por meio deste, foi possível realizar a partilha dos bens do falecido de forma mais rápida, econômica e simplificada, sem que o Poder Judiciário fosse envolvido. É também o entendimento de Alves e Ningeliski (2023) a respeito, *in verbis*:

Com a promulgação da Lei nº 11.441/2007, foi legalizada a abertura de inventários por meio de escritura pública, representando um significativo progresso nos aspectos legislativo, judicial e notarial daquele período. No âmbito legislativo, porque até aquele momento, o ordenamento jurídico não contemplava explicitamente a realização do inventário administrativo; enquanto no judicial e no notarial, observou-se a desvinculação dos juízos na aprovação das partilhas, permitindo que o notário assumisse essa responsabilidade, ampliando sua área de atuação.

Além disso, vale ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 601, quase uma década após o lançamento da resolução, adotou quase que integralmente o texto da Lei nº 11.441/07, como se vê (Brasil, 2015):

Art. 601: Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial;
§1.º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
§2.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Nesse contexto, verifica-se que o inventário pode ser realizado administrativamente quando todos os herdeiros são capazes, existe acordo entre todos os envolvidos na partilha dos bens, não havendo testamento e todos acompanhados por um advogado. Azevedo (2019) destaca que, para a execução do inventário extrajudicial em Cartórios, é necessária a cumulação de todas as condições especificadas no artigo supracitado.

Esses quatro requisitos, legalmente estabelecidos, são essenciais para que o tabelião possa conduzir o procedimento. No âmbito dos cartórios, o inventário extrajudicial pode ser realizado em qualquer localidade, proporcionando aos herdeiros a liberdade de escolher o cartório de notas conforme sua preferência. A Lei nº 11.441/2007 também apresentou outras inovações, tais como a dispensa de homologação judicial da partilha e a possibilidade de transferência de bens imóveis diretamente para os herdeiros, sem a necessidade de realizar a venda do bem de maneira prévia (Brasil, 2007).

Tais mudanças simplificaram os procedimentos voltados ao direito sucessório, porém, visando a promoção de justiça e de uma

parte neutra envolvida no procedimento, houve a necessidade da presença de um advogado para acompanhar os atos realizados pelas serventias, bem como fiscalizar a adoção das respectivas leis que possibilitam a segurança jurídica dos registros públicos de inventário.

Ainda, há que se falar na possibilidade da realização do inventário extrajudicial, ainda que exista um testamento deixado pelo de cujus. Nesse âmbito, a Terceira Turma do STJ, por meio do acórdão do Recurso Especial 1.951.456, de agosto de 2022 (STJ, 2022) ratificou o seguinte entendimento:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE PARTILHA EXTRAJUDICIAL EM QUE HÁ TESTAMENTO. ART. 610, CAPUT E § 1º, DO CPC/15. INTERPRETAÇÃO LITERAL QUE LEVARIA À CONCLUSÃO DE QUE, HAVENDO TESTAMENTO, JAMAIS SERIA ADMISSÍVEL A REALIZAÇÃO DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. INTERPRETAÇÕES TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA QUE SE REVELAM MAIS ADEQUADAS. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI Nº 11.441/2007 QUE FIXAVA, COMO PREMISSA, A LITIGIOSIDADE SOBRE O TESTAMENTO COMO ELEMENTO INVIABILIZADOR DA PARTILHA EXTRAJUDICIAL. CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA INEXISTENTE QUANDO TODOS OS HERDEIROS SÃO CAPAZES E CONCORDES. CAPACIDADE PARA TRANSIGIR E INEXISTÊNCIA DE CONFLITO QUE CONFIRMAM A PREMISSA ESTABELECIDADA PELO LEGISLADOR. LEGISLAÇÕES ATUAIS QUE, ADEMAIS, PRIVILEGIAM A AUTONOMIA DA VONTADE, A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS E OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. POSSIBILIDADE DE PARTILHA EXTRAJUDICIAL, AINDA QUE EXISTENTE TESTAMENTO, QUE SE EXTRAI TAMBÉM DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL. 1- Ação distribuída em 28/05/2020. Recurso especial interposto em 22/04/2021 e atribuído à Relatora em 30/07/2021. 2- O propósito recursal é

definir se é admissível a realização do inventário e partilha por escritura pública na hipótese em que, a despeito da existência de testamento, todos os herdeiros são capazes e concordes. 3- A partir da leitura do art. 610, caput e § 1º, do CPC/15, decorrem duas possíveis interpretações: (i) uma literal, segundo a qual haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, ainda que os herdeiros sejam capazes e concordes; ou (ii) uma sistemática e teleológica, segundo a qual haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes. 4- A primeira interpretação, literal do caput do art. 610 do CPC/15, tornaria absolutamente desnecessário e praticamente sem efeito a primeira parte do § 1º do mesmo dispositivo, na medida em que a vedação ao inventário judicial na hipótese de interessado incapaz já está textualmente enunciada no caput. 5- Entretanto, em uma interpretação teleológica decorrente da análise da exposição de motivos da Lei nº 11.441/2007, que promoveu, ainda na vigência do CPC/73, a modificação legislativa que autorizou a realização de inventários extrajudiciais no Brasil, verifica-se que o propósito do legislador tencionou impedir a partilha extrajudicial quando existente o inventário diante da alegada potencialidade de geração de conflitos que tornaria necessariamente litigioso o objeto do inventário. 6- A partir desse cenário, verifica-se que, em verdade, a exposição de motivos reforça a tese de que haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes, justamente porque a capacidade para transigir e a inexistência de conflito entre os herdeiros derruem inteiramente as razões expostas pelo legislador. 7- Anote-se ainda que as legislações contemporâneas têm estimulado a autonomia da vontade, a desjudicialização dos conflitos e a adoção de métodos adequados de resolução das controvérsias, de modo

que a via judicial deve ser reservada somente à hipótese em que houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário. 8- **Finalmente, uma interpretação sistemática do art. 610, caput e § 1º, do CPC/15, especialmente à luz dos arts. 2.015 e 2.016, ambos do CC/2002, igualmente demonstra ser acertada a conclusão de que, sendo os herdeiros capazes e concordes, não há óbice ao inventário extrajudicial, ainda que haja testamento, nos termos, inclusive, de precedente da 4ª Turma desta Corte.** 9- Recurso especial conhecido e provido, a fim de, afastado o óbice à homologação apontado pela sentença e pelo acórdão /200 recorrido, determinar seja dado regular prosseguimento ao pedido. **(grifo nosso)**

Enfim, resta claro que o interesse principal do legislador contemporâneo é estimular - e respeitar - a autonomia da vontade das partes envolvidas no processo, e a desjudicialização, apresentada por meio administrativo, se mostra a melhor alternativa para os herdeiros e legitimados quando não há litígio entre estes. Tal questão se mostra tão cristalina que, mesmo na hipótese de existência do testamento, o inventário poderá ser realizado fora do judiciário tradicional.

Todas essas inovações, legislativas e jurisprudenciais, foram criadas com o objetivo de desjudicializar o processo sucessório, ou seja, permitir que os interessados realizassem a partilha dos bens do falecido de forma mais rápida, econômica e simplificada, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FERRAMENTA DE DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

O conflito se materializa como algo inerente às relações humanas, o que, consoante Robbins (2005), é configurado quando existe a dupla

existência de uma verdade e há pontos de vista divergentes acerca dela.

Ao inserir essa realidade no Direito das Sucessões, tem-se que as divergências ganham conotação ainda mais complexa, haja vista que além das diferenças de opinião quanto a uma mesma conjuntura, os elementos sentimentais envolvidos ganham a potencialidade de aflorar ainda mais os conflitos, principalmente ao considerar a vulnerabilidade do seio familiar no momento de luto, a qual pode interferir negativamente na clareza de que a autocomposição pode ser um dos meios pacificadores para os dilemas patrimoniais após a morte de um ente estimado (Tartuce, 2022).

Ademais, o interesse financeiro e patrimonial são altamente intrínsecos à sociedade, dado que a realidade cultural e os costumes também são moldados pelo Capitalismo (Harvey, 1992). Desse modo, atrelado às questões emocionais, o interesse econômico eclode em desavenças entre os sucessores e herdeiros, pelo fato do Direito Sucessório atuar para que seja garantida a continuidade do patrimônio do ente familiar falecido, podendo, inclusive, envolver valores consideráveis.

Todavia, nas palavras de Fonseca (2021), o dinheiro não é resposta única para os atritos sucessórios, outros fatores também são responsáveis, os quais não esgotam as possibilidades, postas as peculiaridades e motivações pessoais em contexto de Herança. Os exemplos mencionados pela autora são de dívidas deixadas pelo falecido, divórcio sem partilha, união estável não regularizada, filhos fora do casamento e não reconhecidos, formação de nova família, filhos de novos relacionamentos, multiparentalidade.

Nesse íterim, há a dificuldade em se trabalhar questões relacionadas à herança sem disputas financeiras enviesadas pela ótica dos sentimentos de dor, orgulho, mágoas e egoísmo que cercam o campo abstrato do âmago humano. Essa conjuntura forma, por sua vez, um entrave ao diálogo, empatia e ausência de lide, imprescindíveis à autocomposição.

Nesse escopo, os indivíduos desenvolveram uma chamada dependência, diversas vezes, pela interferência de um terceiro nas situações conflituosas, de modo que a solução que aparenta ser a mais coloquial é a de levar as divergências de ponto de vista ao Poder Judiciário para decidir os conflitos que concerne a direitos. Prevalece, pois, a denominada “cultura de sentença” nas relações sociais.

A cultura fortemente conservadora e demandista, na qual qualquer interesse contrariado deve ser resolvido perante um juiz, bem como a falta de diálogo entre os conflitantes, são fatores que concorrem para essa realidade no Brasil, no entendimento de Gusmão Neto (2023).

Resultado de uma tradição litigiosa e de uma percepção limitada sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, a cultura de sentença, nesse prisma, se desnuda como um dos empecilhos para que as controvérsias sejam resolvidas de forma menos contundente.

SEGURANÇA JURÍDICA DOS ACORDOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO CELEBRADOS ENTRE HERDEIROS, EXAMINANDO A PREVENÇÃO DE FUTUROS LITÍGIOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PARTES ENVOLVIDAS

Dada a agilidade que o processo extrajudicial busca alcançar, a documentação necessária compreende uma ampla gama de informações, essenciais para a abertura do procedimento. O número extenso de documentos tem a função não de dificultar o acesso a esse procedimento, mas para garantir a objetividade e efetividade do processo. Nesse viés, destaca-se o pensamento do renomado jurista Tartuce (2022):

O propósito do Direito das Sucessões é assegurar a adequada transmissão de direitos, possibilitando a continuidade daquilo que foi interrompido pelo óbito. Cada indivíduo possui suas próprias histórias e conquistas, e é função da sucessão perpetuar esses

aspectos relacionados ao falecido, garantindo que seus interesses continuem a ser atendidos, na medida do possível, após sua morte, em benefício dos que dele dependiam. Portanto, a relevância da sucessão reside na transferência dos bens do falecido aos herdeiros de forma contínua.

No âmbito do Direito Sucessório, a desjudicialização por meio do inventário extrajudicial garante o acesso aos direitos fundamentais, pois permite que os herdeiros resolvam suas questões sucessórias de forma mais ágil e simples, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Ainda, é um meio para proporcionar economia aos herdeiros, uma vez que os custos com advogados e taxas são significativamente menores do que no inventário judicial. Por fim, esse também pode ser um meio de garantir o acesso aos direitos fundamentais à propriedade e à dignidade humana.

Isso porque, muitas vezes, o processo sucessório pode se estender por anos, o que impede que os herdeiros possam usufruir dos bens deixados pelo falecido. Com a desjudicialização, a partilha dos bens pode ser realizada de forma mais rápida e eficiente, o que contribui para a efetivação desses direitos fundamentais.

É importante analisar ainda que a realização do inventário de maneira conjunta e conciliatória garante o acesso ao direito fundamental à paz social. Isso porque, muitas vezes, os conflitos decorrentes do processo sucessório podem gerar disputas judiciais prolongadas entre famílias, o que acaba gerando tensão e conflitos. Com a desjudicialização, os herdeiros podem resolver as questões sucessórias de forma mais pacífica e eficiente, contribuindo para a construção de um ambiente de harmonia e paz familiar. É necessário, no entanto, que essas medidas sejam bem planejadas e aplicadas de forma adequada, para garantir que não haja prejuízo aos direitos das partes envolvidas.

O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NA FACILITAÇÃO NA AUTOCOMPOSIÇÃO ENTRE HERDEIROS

Existe hodiernamente a busca pela transição da cultura de sentença para a cultura de paz (Gusmão Neto, 2023). No âmbito do Direito Sucessório, a desjudicialização faz parte dessa transição ao se mostrar como uma maneira de inclusive manter as relações familiares coesas, principalmente após a perda de um ente.

Nessa esteira, o Estado, ao invés de ser o destino de lides patrimoniais sucessórias por meio da judicialização dos conflitos, pode atuar na atualidade como um incentivador da autocomposição.

Os profissionais do Direito têm papel crucial quanto a esse estímulo, o qual a própria legislação evidencia. De acordo com o art. 3º, § 3º do Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015), a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por diversos profissionais, dentre eles juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, até mesmo no curso do processo judicial.

Ilustra a efetividade dessa conjuntura o caso de Florianópolis em 2022, divulgado em matéria jornalística. O desentendimento de uma família para a confecção de inventário findou-se com o auxílio da mediação do Poder Judiciário de Santa Catarina (PJSC) incentivado pelos profissionais envolvidos, após o litígio se alongar por três décadas na Vara de Sucessões e Registros Públicos da comarca da Capital (Medeiros, 2022).

Entre os institutos de autocomposição, a mediação é a que tem a maior aplicabilidade no direito sucessório, haja vista que o mediador é uma terceira pessoa neutra e imparcial apta a facilitar o diálogo entre as partes que geralmente possuem laços afetivos, para que elas próprias, com autonomia e solidariedade, encontrem a melhor solução do problema, nos dizeres de Tartuce (2022).

Ainda, acerca da atuação dos operadores do Direito na mediação dentro do Direito das Sucessões, versa Tartuce (2022):

O valor dos bens envolvidos na sucessão pode ser polêmico a ponto de provocar controvérsias consideráveis por conta dos fatores subjetivos envolvidos. Quando as disputas envolvem objetos de significado afetivo (altamente simbólico) não se pode resolver adequadamente a querela com base em uma objetividade matemática. Existindo fatores subjetivos quanto à variação do bem, pode haver dificuldades para os operadores do direito por estar em jogo uma diferenciada ordem de valores na qual os desejos escapam à compreensão meramente objetiva que o sistema jurídico ordinariamente empreende à partilha de bens. Nessa conjuntura, o aporte interdisciplinar na mediação pode colaborar para descortinar os elementos subjetivos envolvidos na questão e amenizar as resistências dos envolvidos.

Evidencia-se, pois, que o profissional que media a pacífica resolução de conflito, corrobora o restabelecimento do diálogo, a manutenção dos laços afetivos e faz com que os herdeiros que estiverem residindo aos termos da partilha seja por ganância, má-fé ou pelo fato de não conseguir administrar as emoções no contexto fático em voga, encontrem respostas conjuntas ao dilema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo evidenciou que, diante da crise do Poder Judiciário e da sobrecarga processual, os métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e soluções extrajudiciais, como essa modalidade de inventário, emergem como mecanismos para otimizar o acesso à justiça no contexto sucessório.

Com análise dos requisitos legais e condições necessárias para a realização de inventário e partilha de bens por via extrajudicial, foi possível notar que a implementação desse procedimento depende do cumprimento de requisitos específicos, como a capacidade e o

consenso entre os herdeiros, ausência de testamento, e assistência jurídica. Para que esses requisitos sejam alcançados, por sua vez, o incentivo e qualificação de profissionais é crucial e amplamente resguardados pela legislação.

Contudo, a cultura da sentença ainda é um óbice à implementação da autocomposição no direito sucessório, pois ainda vigora a dependência da sociedade pela intervenção judicial em conflitos e a falta de conscientização sobre os benefícios dos métodos autocompositivos dificultam a sua adoção em larga escala. É necessário, pois, maior divulgação e incentivo aos meios alternativos de resolução de conflitos das mais variadas esferas, inclusive as concernentes ao Direito das Sucessões.

Depreende-se, portanto, que a autocomposição no direito sucessório, quando obtida de forma consciente e assistida, gera segurança jurídica aos herdeiros, menos custos processuais, abranda desgastes familiares e efetiva dos direitos fundamentais envolvidos. Promove, assim, paz social e a harmonia familiar enquanto o Direito das Sucessões é meio para assegurar justiça e efetividade no tocante à transmissão patrimonial.

REFERÊNCIAS

ALVES, T.F. NINGELISKI, A. Inventário extrajudicial: um olhar sobre as vantagens e desvantagens da Lei n. 11.441/2007. *Academia de Direito*, v. 5, p. 420-440, 2023. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3981>. Acesso em: set. 2024

AZEVEDO, Á.V. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 1 ed. São Paulo: Saraiva Educação, v.7. 2019.144p.

BEZERRA, A. F. (2020). A desjudicialização do direito sucessório no Brasil: inventário extrajudicial como solução para a crise do poder judiciário. *Revista de Direito e Política*, 1(1), 25-42.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República, Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: set. 2024.

_____. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidente da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm. Acesso em: set. 2024.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Presidência da República, Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: set. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.951.456-RS. Homologação judicial de partilha extrajudicial. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2022]. Disponível

em:<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?-seq=2206628&tipo=0&nreg=202102372993&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220825&formato=HTML&salvar=false>>. Acesso em: set. 2024

FONSECA, V.B. A possibilidade de aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos no direito sucessório. Revista Eletrônica OAB/RJ, 2021. Disponível em: https://revistaeletronica.oab.rj.org.br/wp-content/uploads/2021/08/A_POSSIBILIDADE_DE_APLICACA%C3%87%C3%83O_DOS_M%C3%89TODOS_ADEQUADOS_DE_SOLUCAO%C3%87%C3%83O_DE_CONFLITOS_NO_DIREITO_SUCESS%C3%93RIO_VirginiaBraundaFonseca.pdf. Acesso em: set. 2024.

GUSMÃO NETO, A.A. Os institutos da mediação e da conciliação: da cultura da sentença para a cultura da paz. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Faculdade da Cidade de Maceió, 2023. Disponível em: https://www.facima.edu.br/aluno/arquivos/tcc/tcc_avenil_gusmao_net0.pdf. Acesso em: set. 2024.

HARVEY, D. A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural [1989]. Edições Loyola, São Paulo, 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6469585/mod_resource/content/1/A%20condi%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%B3s-moderna.pdf. Acesso em: set. 2024.

MEDEIROS, A. Mediação, método de solução de conflitos, põe fim a inventário em litígio há 30 anos. Poder Judiciário de Santa Catarina, 2022. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/mediacao-metodo-de-solucao-de-conflitos-poe-fim-a-inventario-em-litigio-ha-30-anos>. Acesso em: set. 2024.

MOSCHEN, V.R.B.; BERNARDES, L.H.P.; CARNEIRO, Y. G. As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transnacional à justiça. Revista Vox, [S. l.], n. 12, p. 37–57, 2022. Disponível em:

<https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/34>. Acesso em: set. 2024.

ROBBINS, S.P. Comportamento organizacional [1943]. Pearson Prentice Hall, São Paulo, 11. ed., 2005. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/NiloCorra/comportamento-organizacional-stephen-p-robbins-livro>. Acesso em: set. 2024.

SILVA, P.E.A. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. Revista do Advogado, São Paulo, n. 123, p. 41-47, ago. 2014. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:red virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001010662>. Acesso em: set. 2024

SILVA, R.S. Breve ensaio sobre o tratamento adequado de conflitos no direito sucessório. Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/26060>. Acesso em: set. 2024.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.951.456 - RS. Revista Eletrônica de Jurisprudência. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?-seq=2206628&tipo=0&nreg=202102372993&SeqCgrmaSessao=&-CodOrgaoJgdr=&dt=20220825&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: set. 2024.

TARTUCE, F. Direito Civil: Direito das Sucessões. 15 ed. Editora Forense, v. 6, 2022. 760p.

POR UMA JUSTIÇA PERIFÉRICA: UMA ANÁLISE DO MONOPÓLIO DA JUSTIÇA PELO ESTADO E OS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Alexandra da Silva Joinhas⁴¹

Resumo

Neste artigo analiso o desenvolvimento limitado da Justiça Restaurativa no Brasil, que está restrita à burocracia jurídica dos Tribunais e é implementada por servidores deste órgão ou por profissionais do campo do Direito, Serviço Social, Psicologia ou outras profissões que exigem formação acadêmica superior, o que corresponde a uma colonização do saber restaurativo. O cumprimento da finalidade da Justiça Restaurativa, considerando os princípios e valores da prática restaurativa, depende de que esta seja implementada pela comunidade, por meio das instituições formadas por indivíduos que estão excluídos socialmente, como os periféricos. Isso porque, somente eles possuem autoridade e legitimidade sobre os conflitos locais para resolvê-los, sendo que a mera imposição da Justiça Restaurativa por profissionais externos à comunidade, fere os princípios básicos que fundamentam a prática, como o empoderamento dos envolvidos. Sendo assim, para que ocorra o pleno desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil, essa prática deve ser difundida nas periferias por meio de entidades da sociedade civil, as quais devem ser capacitadas e providas de recursos para que seja possível a resolução dos conflitos locais por meio da aplicação técnica da prática restaurativa, quando então será possível a formulação da teoria desta prática, que já foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; periferia; conflitos.

41 *Estudante de mestrado do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.*
ajoinhas@id.uff.br

Abstract

In this article I analyze the limited development of Restorative Justice in Brazil, which is restricted to the legal bureaucracy of the Courts and is implemented by employees of this body or by professionals in the field of Law, Social Service, Psychology or other professions that require higher academic training, which corresponds to a colonization of restorative knowledge. Fulfilling the purpose of Restorative Justice, considering the principles and values of restorative practice, depends on it being implemented by the community, through institutions formed by individuals who are socially excluded, such as peripheral people. This is because only they have authority and legitimacy over local conflicts to resolve them, and the mere imposition of Restorative Justice by professionals external to the community violates the basic principles that underlie the practice, such as the empowerment of those involved. Therefore, for the full development of Restorative Justice to occur in Brazil, this practice must be disseminated in the peripheries through civil society entities, which must be trained and provided with resources so that it is possible to resolve local conflicts through of the technical application of restorative practice, when it will then be possible to formulate the theory of this practice, which has already been incorporated into the Brazilian legal system.

Keywords: Restorative Justice; periphery; conflicts.

INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa representa, na contemporaneidade, um método avançado de resolução de conflitos, já tendo sido incorporada à burocracia jurídica brasileira por meio da resolução nº 225 de 31/05/2016 do CNJ. Ocorre que os dados coletados pelo CNJ no seminário de Justiça Restaurativa realizado em 2019, mostram que a prática restaurativa só é efetivada em determinadas comarcas, como as da Capital, e a sua aplicação está submetida à decisão do juiz, o qual deve entender cabível o procedimento para o caso concreto.

Tendo isso em vista, neste artigo observo que apesar do avanço trazido pela JR em relação a metodologia de resolução de conflitos, esta não cumpre a sua função primordial de prevenir conflitos no Brasil e empoderar os indivíduos, visto que os locais onde há maior intensidade de conflitos – como as periferias em decorrência da situação de marginalidade que vive a população – não são alcançados por esta justiça, sendo que apenas a justiça retributiva é aplicada. Assim, os indivíduos periféricos não têm acesso à “nova justiça” que privilegia o diálogo e a construção de paz, em contrapartida, aprendem rapidamente sobre punição, crime e violência.

Daí a conclusão de que quanto maior a pobreza de uma região, menor a incidência da Justiça Restaurativa, pois embora incorporada institucionalmente no Brasil e lentamente introduzida nas práticas dos Tribunais, assim como em outras instituições, como as escolas e empresas, ainda é restrita a poucos grupos sociais. Este trabalho tem, portanto, o objetivo de estudar as consequências da centralização do saber restaurativo pelo Estado, tanto para os indivíduos periféricos que são excluídos sistematicamente e dos quais são retirados o direito ao acesso a novas maneiras de resolução de conflitos, quanto para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil que se mostra incompleto em vista da restrição da sua aplicação.

O principal desafio da Justiça Restaurativa no contexto brasileiro é estender-se e causar impacto aos diferentes estratos sociais, em especial os indivíduos mais oprimidos e injustiçados pela dinâmica política, jurídica, econômica e social contemporânea. Isso porque, sendo um método importado de países como o Canadá e Nova Zelândia, deve ser adaptado à realidade distinta do Brasil, que conta com conflitos relacionados à violência estatal, desigualdade e discriminação de povos e raças, os quais atingem predominantemente indivíduos marginalizados, como os periféricos.

Ainda persiste o monopólio da justiça pelo Estado concedido aos Tribunais pela função jurisdicional típica do Poder Judiciário, que faz com que as práticas de JR estejam quase exclusivamente dependentes deste órgão público. Essa monopolização, além de retirar a função de

prevenir conflitos, posto que a JR é aplicada na maioria dos casos no decorrer de um processo judicial, prejudica, ademais, a amplificação e efetividade da JR aos setores sociais mais vulneráveis e que, portanto, necessitam de auxílio para a resolução de seus conflitos, visto que estes envolvem a própria relação com o Estado no sentido da violência institucional, abandono e exclusão.

O artigo discorre sobre a lógica do contraditório conceituada por Kant de Lima, assim como a desigualdade jurídica nos Tribunais, fazendo uma comparação com os princípios da JR, a fim de argumentar que estes são incompatíveis com o sistema de debates vigente no Judiciário, concluindo que as práticas de JR devem ser difundidas e aplicadas pela sociedade civil, através das associações e organizações, para o seu pleno desenvolvimento.

Isso porque, essas associações são formadas por lideranças comunitárias que vivenciam e entendem os conflitos locais, possuindo, dessa maneira, maior autoridade para desenvolver os meios efetivos para resolução desses conflitos. Assim, o Estado deve subsidiar os recursos necessários para a difusão da JR, como o treinamento das lideranças, para que a comunidade, com isso, retome o poder sobre a administração de seus conflitos, visando o empoderamento das pessoas e não a substituição de suas vontades, que serve para oprimir socialmente os indivíduos e controlar massas.

Esse trabalho foi realizado a partir de uma análise bibliográfica e empírica do Judiciário brasileiro, bem como da análise dos princípios e valores que regem a prática restaurativa, com o objetivo de discorrer sobre os desafios relacionados ao desenvolvimento da Justiça Restaurativa nas periferias brasileiras, ressaltando as soluções criadas pelos próprios indivíduos periféricos na resolução dos conflitos comunitários, em que pese a escassez de recursos, e de que maneira o método restaurativo de resolução de conflitos pode se adequar a estas soluções.

2. A LÓGICA DO CONTRADITÓRIO VIGENTE E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A JR

O antropólogo Roberto Kant de Lima (2004) destaca que o sistema judiciário brasileiro se baseia na desigualdade social para o processo de produção da verdade, e que a presença do Estado no âmbito dos direitos individuais prima por promover a desigualdade jurídica. Ademais, o autor argumenta que a lógica do contraditório vigente no ordenamento jurídico brasileiro é incompatível com a busca pelo consenso, já que neste sistema de debates, o processo judicial deve, necessariamente, contar com infinitos argumentos contrários que serão resolvidos pela autoridade do argumento do juiz, e sendo assim, não há consenso.

Kant de Lima, nesse sentido, afirma que:

no direito brasileiro (...) o processo não se volta para consensualizar os fatos, para estabelecer quais são os fatos, nem o que ficou provado efetivamente. Pelo contrário, através da lógica do contraditório, que propõe um dissenso infinito e veda qualquer consenso entre as partes, os fatos e as provas são determinados pela autoridade interpretativa do juiz: é ele quem vai escolher dentre os inúmeros indícios contraditórios trazidos ao processo quais o convencem e quais não (Figueira, 2008). Depois de convencido através desse mecanismo intuitivo, ele justifica sua sentença: é o que, se chama de livre convencimento motivado do juiz. (Mendes, 2010). (Lima, 2010, p. 43).

O autor distingue a lógica adversária de produção da verdade, típica das áreas acadêmicas e científicas, na qual o saber particularizado é neutralizado posto que é fundada na “busca de consensos provisórios sobre fatos que se constroem pela reflexão e a explicitação das diferentes perspectivas dos envolvidos” (Lima, 2010, p. 29), da lógica do contraditório, dominante no Poder Judiciário, na

qual o saber particularizado converte-se em poder, sendo que esse saber particular não precisa do consenso, “porque o consenso não legitima, pelo contrário, “contamina” suas formas particularizadas de acessar o conhecimento jurídico” (Lima, 2010, p. 44).

O Poder Judiciário, sendo um órgão estatal, está a serviço e visa instrumentalizar as formas hegemônicas de poder da classe dominante. Esse órgão, portanto, funciona sob uma lógica de imposição de “verdades” particularizadas supostamente fundamentadas na lei, mas que sempre é formulada a partir da subjetiva interpretação do juiz, visto que em tese, este é imparcial e possui autoridade para interpretar a lei.

Tendo isso em vista, a Justiça Restaurativa, ainda que implementada com base em princípios e valores que privilegiam o consenso, a inclusão social e o ideal comunitário, na prática brasileira, a comunidade, especialmente a periférica das favelas do Rio de Janeiro, sequer tem conhecimento e muito menos acesso às suas ações e programas, as quais estão restritas ao ambiente dos departamentos dos Tribunais. Essa forma de exclusão mesmo que baseada em valores ditos avançados e humanos, corresponde apenas a mais uma forma de dominação disfarçada de progresso.

Há uma evidente incompatibilidade entre os valores que fundamentam a JR, como a busca pelo consenso, e a citada lógica do contraditório dominante no Poder Judiciário, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa é obstaculizado, posto que atualmente a JR está limitada à burocracia jurídica no âmbito dos tribunais. Como demonstra o mapeamento dos programas de justiça restaurativa feito pelo CNJ que apontou que 79,5% dos programas de Justiça Restaurativa são coordenados pelo Tribunal de Justiça, que mais de 50% das práticas restaurativas ocorrem no âmbito do fórum, e que 70% dos encontros ocorrem na fase de conhecimento, ou seja, quando já existe processo judicial em andamento e, portanto, em poder de um juiz.

Em paralelo, o manual sobre Programas de Justiça Restaurativa das Nações Unidas dispõe que a JR têm como “fundamento a crença de que as pessoas envolvidas ou afetadas pelo crime devem ter

participação ativa na reparação do dano” (Nações Unidas, 2020, p. 3), contudo, essa participação ativa é retirada quando, por exemplo, o juiz é o único que detém a autoridade para decidir se o caso pode ser resolvido pela JR ou não, sem consultar as partes envolvidas que poderiam preferir essa prática.

Além disso, a Justiça Restaurativa, de acordo com o Plano Pedagógico Mínimo Orientador do CNJ, possui essência comunitária, sendo fundamental que “a política e os projetos de Justiça Restaurativa sejam desenvolvidos pela comunidade, na comunidade, com a comunidade e para a comunidade”. (CNJ, 2019, p. 31), contudo, essa essência comunitária é retirada quando, por exemplo, os encontros restaurativos acontecem quase exclusivamente no ambiente do fórum e o ensinamento da técnica restaurativa é restrita aos servidores do Poder Judiciário ou aos profissionais que buscam realizar os cursos ministrados por este órgão.

Sendo assim, a lógica do contraditório vigente no atual sistema de debates do Poder Judiciário impede o pleno desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil, e o monopólio desta prática, que está restrita ao âmbito dos Tribunais, impede a consecução dos objetivos que a fundamentam, tornando-a ineficaz, especialmente, aos indivíduos periféricos que não detém recursos ou o saber particularizado para acessarem essas novas técnicas de Justiça, e, mesmo que a JR tenha “essência comunitária”, a sua incorporação pelo Brasil a transformou em uma “essência burocrática”, distante da articulação e influência da comunidade.

Nesse sentido, a pesquisa de Pacheco (2024) revelou um processo de colonização do saber restaurativo no Brasil, em que a Justiça Restaurativa é transformada em instância complementar e nunca alternativa à justiça tradicional, perdendo o seu caráter de contraponto e passando a promover a maximização da justiça penal. Assim, a seletividade da aplicação da Justiça Restaurativa em determinados casos e comarcas, corrobora com a exclusão social de indivíduos periféricos, pois impede o acesso e retira o poder de influência sobre os métodos de resolução de conflitos a que estão submetidos.

A citada lógica do contraditório se impõe em outras técnicas de autocomposição além da Justiça Restaurativa, como a pesquisa feita por Pellegrini e Almeida (2020) evidenciou que as audiências de conciliação no âmbito judicial não têm como objetivo a criação de um consenso, mas a assinatura de um acordo para finalizar o processo, havendo reprodução das desigualdades econômicas, sociais, raciais e de gênero que são potencialmente reforçadas na execução da política pública.

Por outro lado, a tese de Fisher da Silva (2020) orienta que o desafio para consolidar um restaurativismo brasileiro parece estar mais atrelado à uma transformação cultural e à criação de uma narrativa restaurativa formulada e apropriada pela sociedade brasileira e suas instituições, do que à promulgação de uma lei que regulamente a JR. Sendo que uma das vias possíveis para construir uma JR brasileira parte da ressignificação popular dos conceitos de cidadania, justiça, crime e democracia e que a aparente solução para esse problema está na regulamentação específica dos efeitos das práticas restaurativas, que ainda é ausente em virtude do forte apego a perspectivas jurídicas mais tradicionais e vinculadas a noções punitivistas.

Quanto às estratégias que propõem soluções aos desafios que se apresentam para a implementação e ampliação da JR no Brasil, cito o artigo de Prado (2021) que sistematiza uma técnica já utilizada por instituições públicas brasileiras, a fim de contornar a resistência à reforma institucional, qual seja, de manter a instituição original funcionando normalmente e criar uma instituição paralela que execute as mesmas funções – prestar justiça – mas de forma mais efetiva. Nesse caso, de forma que a justiça restaurativa seja implementada em âmbito comunitário, com o objetivo de incluir os indivíduos periféricos no desenvolvimento de técnicas para resolução de conflitos, nos quais estes sejam ouvidos e reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres na sociedade.

Merece destaque, por fim, o artigo de Miguel (2021) que relata o funcionamento dos Tribunais Comunitários em Moçambique como mecanismos indispensáveis para a viabilização da justiça e

da valorização das formas comunitárias de resolução de conflitos, “contrariamente à chamada justiça formal que é considerada bastante “técnica”, de difícil acesso, burocrática e, por conseguinte, morosa.” (Miguel, 2021, p. 15). Esse funcionamento alternativo da justiça, com base em princípios comunitários de resolução de conflitos, de acordo com o estudo, desempenha um importante papel na solução de conflitos locais, pela facilitação processual onde se privilegia a oralidade, sendo um caminho que tornaria possível a efetividade no Brasil dos valores que norteiam a Justiça Restaurativa.

Isso porque, nas periferias brasileiras são formadas associações e organizações pela sociedade civil, nas quais são debatidos os conflitos comunitários e os desafios para a transformação social almejada. Esses espaços correspondem a instituições formais ou informais que prestam justiça comunitária, nos quais a Justiça Restaurativa pode ser implementada, sendo que sua teoria será adaptada à prática local em acordo com a realidade dos fatos vividos pela comunidade, a fim de prevenir os conflitos locais e administrá-los de maneira a evitar a violência ou um processo judicial, e facilitar a restauração das relações comunitárias.

2. DA BASE AO TOPO: AS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL COMO PONTO DE PARTIDA PARA O SABER RESTAURATIVO

Como advogada tive experiências junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Comarcas periféricas como a de Duque de Caxias, na qual inexistia projeto de justiça restaurativa em andamento até o presente momento. Em algumas dessas experiências pude notar o sistema de debates em que o magistrado, normalmente homem e branco, é o único autorizado a decidir sobre o caso, independentemente da validade ou força do argumento apresentado. Essa decisão, em alguns casos, é tomada antes mesmo da audiência e sem sequer ouvir

o depoimento das partes, pois estas são consideradas meros detalhes, que não possuem qualquer influência no caso.

A resolução de conflitos sociais no âmbito dessa Instituição tende à padronização segundo uma lógica estritamente material, na qual o Poder Judiciário, ao contrário de promover ou facilitar a melhor solução para a causa do conflito enfrentado, funciona para promover a coisificação das relações sociais em um jogo de ganha-perde que opera em prejuízo da restauração dessas relações. As decisões são autoritárias, uma vez que apesar de haver a possibilidade de recurso, este dificilmente será provido, posto que será analisado por outro juiz. Considerando existe uma classe de juízes que retroalimentam o sistema, para que ele continue funcionando como sempre foi: a serviço da burguesia e do capital.

Há, ademais, uma desigualdade jurídica naturalizada no Brasil que se configura tanto nas leis quanto na interpretação dessas pelos magistrados, uma vez que as decisões são moldadas por tensões próprias do poder político, social e econômico das partes em conflito, bem como dos marcadores de diferença, utilizados como elementos de “juízo de convicção”, ainda que de maneira intuitiva pelos juízes, que depois as fundamentam em termos jurídicos. Ainda mais porque os juízes tendem a repetir um padrão decisório, tendo como base a jurisprudência, sendo que somente há uma mudança nesse padrão, se as cortes superiores dispuserem de maneira distinta.

Em geral, se há menor poder do jurisdicionado nas dimensões de relevo social, econômico e político, e quanto maior a intersecção de marcadores de diferença, menor é a chance de obter uma decisão favorável, ou seja, de ser indenizado, de obter absolvição ou aparato estatal. Apesar de justificadas em termos jurídicos, as decisões são formadas a partir de aspectos relacionados ao campo social, daí a interdisciplinariedade da matéria que envolve a Justiça. O racismo estrutural é a base das decisões e a desigualdade regional é critério para o desenvolvimento de políticas robustas de autocomposição, como as de Justiça Restaurativa.

Assim, ainda que o fundamento das técnicas de autocomposição seja o desenvolvimento de um sistema de justiça mais inclusivo e humano, pelo fato de estarem restritas quase que exclusivamente aos Tribunais e aos seus servidores, essas são igualmente moldadas pela lógica aplicada ao processo formal, funcionando como uma técnica de encurtamento do tempo necessário para que a lide seja extinta ou “satisfeita”, independente do resultado socialmente efetivo, afinal, o que importa é se a técnica custou mais ou menos, tempo e dinheiro, já que esses dois elementos correspondem a mesma coisa na racionalidade governamental capitalista.

Considerando, ainda, que a reforma do Poder Judiciário brasileiro encontra obstáculos intransponíveis, seja pela resistência de grupos mais favorecidos, seja pela instabilidade política e institucional do Brasil, é preciso desnaturalizar essa realidade desigual e incentivar o debate em direção à superação dos desafios que impedem ou atrasam o pleno desenvolvimento da autocomposição no Brasil como forma ideal de resolução de conflitos. Essa superação virá da periferia, como passo a discorrer.

A periferia está em conflito permanente com o Estado, buscando maneiras de emancipação, em decorrência da sua exclusão no mercado privado, que só incorpora indivíduos periféricos em funções precarizadas, e o abandono Estatal, o qual arrecada os impostos, mas não investe em serviços públicos que permitam a transformação social da comunidade periférica. A periferia é, então, o local onde os indivíduos resolvem seus próprios conflitos, e a intervenção estatal, normalmente, ocorre com o objetivo de segregá-los e controlá-los.

Tendo em vista essa relação conflituosa com o próprio sistema de justiça estatal, a periferia desenvolve métodos de resolução de conflitos espontâneos que devem ser estudados a fim de que sirvam de base para a difusão da Justiça Restaurativa em âmbito comunitário, de maneira que este método importado não seja imposto, mas corresponda a uma ferramenta de auxílio com vistas a facilitar a promoção de justiça nos conflitos locais. Isso porque, a própria teoria da Justiça Restaurativa

não é estática, estando em constante movimento e em adequação à sua prática, sendo assim, uma prática em processo de teorização.

É certo que cada região vivencia conflitos distintos e, portanto, o método de resolução deve se adequar à cada distinção. Os conflitos devem ser estudados para que então seja desenvolvido o método de resolução, em complementação e nunca em substituição ao que já foi desenvolvido pela comunidade local. Os indivíduos da periferia urbana de Duque de Caxias no Rio de Janeiro, por exemplo, enfrentam conflitos relacionados à ausência de saneamento básico, experienciando o medo de enchentes, assim como a dificuldade de acesso à terra, educação, lazer e cultura. Assim, o método de resolução de conflitos deve considerar essa realidade para que seja possível uma adequação e consequentemente a efetividade do método, a fim de que os indivíduos se identifiquem como integrantes de um corpo social, facilitando o diálogo, a cooperação e a harmonia na resolução dos conflitos.

Em face dos obstáculos que impedem uma reforma do Judiciário, assim como, da necessidade de garantir maior amplitude à Justiça Restaurativa no Brasil, é imprescindível a descentralização da resolução de conflitos do âmbito dos Tribunais e a garantia de maior autonomia política e econômica às associações, organizações e entidades comunitárias como sendo instituições capazes de prestarem justiça e responsáveis por facilitar a resolução de conflitos locais, por meio da articulação com as lideranças e comunidade envolvida.

Isso porque os valores que fundamentam a implementação e regulamentação da Justiça Restaurativa no Brasil, como da essência comunitária, só serão efetivados se essa prática for descentralizada e difundida em esfera local, especialmente nas periferias, tendo como pressuposto o fato de que a prática da JR deve se adequar aos conflitos locais, posto que cada região vivencia diferentes conflitos em decorrência da cultura e do ambiente próprio que é formada.

No caso das periferias, a violência estatal, a precarização dos serviços públicos, a ausência de direitos básicos de alimentação adequada, trabalho, educação, lazer e cultura, possuem influência

direta na vida dos indivíduos e conseqüentemente na forma como desenvolvem seus relacionamentos na comunidade. Embora alguns desses conflitos não possam ser resolvidos pela Justiça Restaurativa, a prática deve considerar essa realidade, posto que os indivíduos em conflito na comunidade estão inseridos nessa forma de vida.

A construção de uma justiça inclusiva pode advir das novas formas de resolução de conflitos já reconhecidas institucionalmente no Brasil, como a Justiça Restaurativa, a qual permite que as partes em conflito, os familiares e a comunidade sejam ouvidos, com o objetivo de promover a responsabilização pelos conflitos e estimular a sua resolução sem a necessária intervenção de uma autoridade estatal, de forma a empoderar a capacidade dos indivíduos de administrar os conflitos da comunidade, desenvolvendo a autonomia do povo.

Com base em tudo o que foi exposto, porém, é certo que a democratização da justiça deve ser acompanhada da superação de princípios ideológicos que baseiam o saber e fazer judicial, como a imparcialidade e o livre convencimento do juiz, para que seja possível a construção de uma técnica de administração de conflitos que considere a subjetividade do indivíduo, uma vez que marcadores de diferença têm o poder de influenciar o conflito e a sua resolução, além disso, as experiências e os sentimentos são guias para o processo de produção de decisões.

A lógica do contraditório, sistema de debates utilizado no processo formal, é incompatível com a busca pelo consenso pretendida pela autocomposição, essa ambivalência de conceitos e práticas dentro da mesma instituição faz com que a lógica mais antiga e tradicional se imponha sobre a técnica mais recente e pouco experimentada pela comunidade jurídica. A dominação exercida pela autoridade dos juízes tende a intensificar na medida em que há maior vulnerabilidade social e econômica dos indivíduos, já que o Poder Judiciário é o maior produtor da justiça-mercadoria.

Por isso, poucas são as iniciativas de aprimoramento e avanço das técnicas de autocomposição nas Comarcas periféricas, onde a autoridade do juiz pode ser exercida sem grandes impedimentos,

já que normalmente as partes são patrocinadas pela Defensoria Pública ou não possuem dinheiro para recorrer das decisões. Ademais, os jurisdicionados periféricos sequer entendem os termos e procedimentos jurídicos a que estão submetidos, o que faz com que o processo seja resolvido de acordo com o entendimento do magistrado e dos órgãos estatais, tornando os indivíduos figuras passivas em relação ao seu conflito.

Essa forma de justiça é estendida à autocomposição quando, por exemplo, a conciliação é resumida à assinatura de acordos que majoritariamente, só se interessam em resolver as questões materiais presentes no conflito, ou quando a Justiça Restaurativa só é aplicada a um conflito a critério exclusivo do magistrado responsável pelo processo judicial formal e dentro do ambiente do fórum.

Considerando a importância que a sociedade brasileira garante às instituições, a regulamentação da função de resolver conflitos por instituições comunitárias paralelas ao Poder Judiciário, favorece a autocomposição e confere a responsabilidade de garantir a democratização da justiça igualmente a essas instituições, promovendo a descentralização da resolução de conflitos e conseqüentemente maior adequação das soluções possíveis, tornando-as aptas a considerar os marcadores sociais, as experiências, crenças, necessidades e emoções das partes em conflito e dos facilitadores.

As associações e organizações sociais correspondem a instituições legítimas para promoverem a justiça no âmbito local ao qual atuam e foram criadas, sendo assim, a difusão da JR nestes espaços de forma que as lideranças locais sejam tecnicamente competentes para administração de conflitos com aval e a partir de recursos do Estado, corresponde a uma estratégia de superação dos obstáculos ao desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil.

Essa estratégia é uma adaptação da teoria da superação da resistência à reforma institucional, com base numa analogia ao funcionamento dos Tribunais Comunitários em Moçambique, aos princípios das práticas circulares e da Justiça Restaurativa, sendo necessário, assim, a construção de um modelo de administração de

conflitos que promova a autocomposição descentralizada e exterior ao Poder Judiciário para que a Justiça Restaurativa tenha efetividade no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A centralização da administração dos conflitos no Poder Judiciário serve para prestar injustiça às pessoas oprimidas socialmente, como as pessoas pobres, os jovens, a população negra, os povos originários, e as mulheres, legitimando juridicamente a opressão social, mediante a dominação de um saber jurídico estritamente técnico e por meio do poder coercitivo Estatal, que justifica seu arbítrio na universalidade da lei e de sua interpretação, dita imparcial, pelos magistrados do Poder Judiciário.

Portanto, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil depende da descentralização da justiça por meio da difusão da prática nas comunidades e na garantia de maior autonomia das associações sociais locais, como pela regulamentação da função de resolução de conflitos e a facilitação da formalização jurídica dessas entidades, visto que estão mais próximas dos indivíduos e seus conflitos, permitindo a promoção de técnicas de autocomposição da forma mais adequada aos problemas sociais enfrentados pela comunidade.

O estudo pretende demonstrar que somente longe da influência da cultura jurídica hegemônica, a democratização da justiça aos periféricos, por meio da Justiça Restaurativa, torna-se possível. Isso porque esse estudo observou uma perda de sentido na prática restaurativa no Brasil, pois atualmente corresponde a mais uma forma de dominação, exclusão social e desigualdade jurídica, na medida em que impede que determinados sujeitos tenham acesso a essa forma de justiça alternativa.

A Justiça Restaurativa é uma prática com benefícios comprovados para vítimas e para a reconstrução de relações em conflito. Porém, ainda foi pouco ou nada incorporada aos conflitos da

periferia brasileira, onde os indivíduos se encontram nas situações mais vulneráveis e mais sujeitos a enfrentarem conflitos intensos, como violência, vício e doença, sendo assim, esses conflitos devem ser estudados para que seja possível o desenvolvimento de uma prática da JR que tenha efetividade inclusive em locais precarizados, a fim de concluir sobre a sua viabilidade nos conflitos brasileiros.

As associações e organizações sociais das periferias são instituições legítimas e competentes para coordenar ações e programas de Justiça Restaurativa na comunidade em que atuam, pois detém expertise perante os conflitos enfrentados e a proximidade necessária para que a prática tenha efetividade. Para isso, é necessário que os recursos e treinamentos sejam difundidos a essas entidades da sociedade civil, a fim de que possuam condições materiais e intelectuais para promoverem a administração dos conflitos por meio da aplicação de técnicas restaurativas.

Dessa forma, com a descentralização da prática restaurativa como técnica de autocomposição que pode e deve ser aplicada pela própria comunidade, é possível o desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil mediante o cumprimento de seu propósito de empoderar os indivíduos, prevenir conflitos e restaurar relações, tendo sempre em vista sua essência comunitária.

REFERÊNCIAS

MOTA PRADO, M. (2021). **Bypasses Institucionais no Brasil: Superando a Resistência Ex-ante às Reformas Institucionais**. Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia, 49(1), 8–28. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v-49n1a2021-62774>. Acesso em 27 set. 2024.

PASSERINO FISCHER DA SILVA, M. **(Re)Pensando A Construção De Um Modelo Restaurativo de Justiça Brasileiro: de uma alternativa à tutela penal e à punição à construção de uma justiça inclusiva**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 27/03/2020.

KANT DE LIMA, R. (2004). **Igualdade, desigualdade e métodos de produção da verdade jurídica: Uma discussão antropológica**. In *VIII Congresso Luso-Brasileiro de Ciências Sociais*. Universidade de Coimbra.

MIGUEL ELVES, A. **Os Tribunais comunitários como mecanismos de promoção do pluralismo jurídico e reforço às justiças (in) formais em Moçambique**. DOI: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30.1>.

PELLEGRINI, E., & Almeida, F. de. (2021). **Os Lírios Que Nascem da Lei: Reflexões sobre o Acesso à Justiça da Política Nacional de Conciliação Brasileira**. Antropolítica - Revista Contemporânea De Antropologia, (51). <https://doi.org/10.22409/antropolitica2021.i5.a44605>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225 de 31/05/2016. **Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diretrizes do Plano Pedagógico Mínimo Orientador para Formações em Justiça Restaurativa**. 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/plano-pedagogico.pdf>. Acesso em 27 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapeamento dos programas de justiça restaurativa**. Brasília: CNJ, 2019. 52 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/509>. Acesso em 27 set. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório sobre Drogas e Crime. **Manual sobre programas de justiça restaurativa** / Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; tradução de Cristina Ferraz Coimbra, Kelli Semolini. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

LIRA BARROS PACHECO, R. **A colonização da Justiça Restaurativa no Brasil a partir de uma perspectiva sistêmica luhmanniana**. Emancipação, Ponta Grossa - PR, Brasil., v. 24, p. 1–25, 2024. DOI: 10.5212/Emancipacao.v.24.2422514.005. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/22514>. Acesso em: 27 set. 2024.

KANT DE LIMA, R. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada**. Departamento de Antropologia/UFF. 2010. Disponível em <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/5335/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 set. 2024.

O INTERESSE GERAL NO CUIDADO DOS BENS COMUNS⁴²

Daniela Ciaffi⁴³

Tradutor: Heitor Pagliaro⁴⁴

1 INTRODUÇÃO: COMPREENDER O QUE É O INTERESSE GERAL É COMPLEXO, MAS “MUITAS MÃOS TORNAM O TRABALHO MAIS LEVE”

A Itália é o país mais subsidiário do mundo, tanto no plano das teorias — sobre o princípio constitucional da subsidiariedade horizontal e suas implicações, de 2001 até hoje — quanto no plano das práticas — incluindo as milhares de pactos de colaboração firmados em centenas de cidades e territórios espalhados por toda a península, de 2014 até hoje.

Com certa frequência, quando estou em missões acadêmicas no exterior, compartilhando as experiências do laboratório nacional de subsidiariedade horizontal, recebo diferentes tipos de reações: comparativas (“nós falamos sobre bens comuns, vocês os praticam”, constatou um economista francês em Estrasburgo);⁴⁵ interrogativas

42 Texto traduzido do italiano para o português por Heitor Pagliaro. O original, em italiano, está publicado como capítulo de livro, sob o título *Sull'Interesse Generale nella Cura dei Beni Comuni*, nas páginas 229-256 do livro *La Cura dei Beni Comuni tra Teoria e Prassi*, organizado por Daniele Donati, publicado em 2024 pela editora FrancoAngeli, Milão (Itália), ISBN 9788835166801. A tradução é autorizada pela autora e pelo organizador do livro.

43 Professora de Sociologia Urbana no *Politecnico di Torino* (Itália) e vice-presidente do *Laboratorio per la Sussidiarietà* (Itália). Doutora em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Local pelo *Politecnico di Torino* (Itália).

44 Professor de Direito da UFG, onde é coordenador do mestrado e doutorado em Direitos Humanos. Doutor em Direito pela UnB, mestre em Filosofia pela UFG e bacharel em Direito pela UFG. Líder do grupo do CNPq Fundamentos Teóricos dos Direitos Humanos. Advogado no Brasil (OAB-GO 32571) e em Portugal (OA 67768L). Vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-GO. ORCID: 0000-0001-6431-930X. Contato: heitor@heitorpagliaro.com.

45 Benjamin Coriat, professor emérito na Université Sorbonne Paris Nord — autor da teoria do retorno aos bens comuns (Coriat, 2015), cofundador da *La Coop des Communs*

(“esse sucesso da administração compartilhada dos bens comuns poderia ser atribuído ao fato de que na Itália faltavam outros instrumentos para uma verdadeira participação popular?”, perguntou-me um estudante inglês);⁴⁶ provocativas (“talvez, na ausência do Estado, existam máfia e moradores ativos na Itália?”), perguntou um ativista e acadêmico americano em Taiwan).⁴⁷

Uma coisa é certa: os pactos de colaboração são firmados em nome do interesse geral, referenciado nos regulamentos municipais para a administração compartilhada dos bens comuns, que por sua vez retomam o art. 118, parágrafo quarto: “Estado, Regiões, Cidades metropolitanas, Províncias e Municípios favorecem a iniciativa autônoma dos cidadãos, particulares ou associados, para o desenvolvimento de atividades de interesse geral, com base no princípio da subsidiariedade” (Itália, s/p).

E o interesse geral, nestes dez anos de pesquisa-ação e intercâmbios internacionais, parece ser um dos poucos âmbitos de convergência: jurídico, sem dúvida, mas também cultural, social, ambiental e econômico.⁴⁸ Esse interesse se manifesta no nível local

e idealizador do *encommuns.net* — recentemente definiu os “bens comuns de proximidade” como caracterizados por três critérios interconectados: (1) iniciativas cidadãs e autogovernadas, (2) aquelas cujo objetivo é o serviço de interesse geral e cujo acesso permanece aberto, e (3) vinculadas ao território e interessadas em preservar os ecossistemas onde os bens comuns estão situados (Coriat, 2024).

46 Durante o curso de *Planejamento Comunitário* na Liverpool University, ministrado pela professora Manuela Madeddu, especialista em desenvolvimento sustentável e engajamento comunitário (Madeddu, 2023).

47 Ian Rowen leciona na National Taiwan Normal University, participou como geógrafo em ação nos movimentos dos Girassóis em Taiwan e dos Guarda-Chuvas em Hong Kong (Rowen, 2020) e é ativo, também como artista, no *burningman.org*.

48 A respeito do termo e conceito de interesse na *Enciclopedia delle Scienze Sociali*: “Além disso, para se compreender, mesmo que de maneira breve e um tanto esquemática, a relevância do interesse, é impossível não observar que, ainda hoje, toda vez que as teorias e as pesquisas empíricas reabrem ou insinuam minimamente a questão do agir de indivíduos, coletividades, grupos personificados ou instituições despersonalizadas, o termo quase inevitavelmente reaparece, forçando-nos a escolher entre a necessidade de definir o conceito e a oportunidade de confiar em seu caráter intuitivo (ou em alguma estipulação linguística mais ou menos consolidada ou precária). Do comportamento eleitoral à propensão à poupança, da fé em um líder ao estudo de como “pensam” e “agem” as burocracias ou os Estados, o conceito de *interesse* mantém, ainda hoje, uma posição de supremacia ou, no mínimo, de destaque elevado

(superando, de fato, uma antiga antítese entre o interesse geral e o interesse particular/local), intermunicipal, regional e nacional. Ele certamente também se manifesta em nível internacional, sendo o interesse geral um conceito-ponte, através do qual outros países no mundo podem se inspirar, ainda que desprovidos de uma previsão constitucional sobre subsidiariedade, para promover uma participação baseada na iniciativa autônoma de cidadãos ativos, apoiados, de diversas formas, pelo Estado.

Compreender o que é o interesse geral, conceito que na Itália viabiliza essas formas horizontais de participação, é uma tarefa complexa. No entanto, “muitas mãos tornam o trabalho mais leve”, como diz o provérbio inglês que dá título a esta introdução.

Em um país onde foram firmados milhares de pactos, a definição de interesse geral se enriquece com muitas nuances, não apenas porque cada pacto oferece, em si, uma definição empírica, mas, do ponto de vista sociológico, porque a convergência entre diferentes atores ocorre não apenas devido às ações compartilhadas de interesse geral, mas também em razão da grande ambiguidade do próprio conceito de interesse.⁴⁹

em todas as estratégias de compreensão da ação humana, seja individual ou coletiva, isolável, de forma mais ou menos apropriada, como “social”, ‘econômica’ ou ‘política’, entendida de forma reducionista (mediante variações e atualizações dos esquemas utilitaristas e ‘economicistas’) ou, alternativamente, decomposta e rearticulada em expectativas de primeiro e segundo grau, consequências não intencionais, mediações simbólicas, identidades, recursos cognitivos, etc.” (Ornaghi, 1996).

49 “O *Dizionario di Sociologia* (v. Gallino, 1978) [...] classificou as principais definições em seis grupos: a) definições que associam o interesse a uma necessidade, um desejo, uma necessidade física ou psíquica, uma capacidade insatisfeita, vinculada a uma série finita de condições de existência do organismo humano ou do ser humano em sociedade; b) definições que associam o interesse a uma necessidade, uma incerteza ou uma necessidade que se insere nos problemas constitutivos da ação social (nesse caso, interesse é sinônimo de orientação); c) definições que identificam o interesse com aquilo que um sujeito deseja, procura ou considera gratificante; d) definições que, como já propunha Vilfredo Pareto, fazem coincidir o interesse com qualquer impulso, seja qual for a sua motivação, de se apropriar de bens materiais úteis ou agradáveis, bem como de honras e prestígio; e) definições que identificam o interesse com o desejo, a vontade ou o projeto de defender e melhorar a distribuição de recursos escassos em favor de uma coletividade dentro de uma ordem social, econômica ou política, ou mesmo de modificar essa ordem para garantir à mesma coletividade uma alocação de recursos, em bases estruturais, radicalmente melhor; f) definições

Um grupo de jovens que cogere um pequeno cinema ao ar livre com a própria prefeitura, em uma periferia caracterizada pela pobreza cultural, é ou não uma ação de interesse geral? Depende: ao longo dos anos, vi tanto a celebração de um pacto de colaboração e a realização da ideia (o entretenimento cultural como bem comum), quanto a sua rejeição, sob o argumento de não cumprimento dos requisitos de segurança para os espectadores (os mesmos exigidos, aliás, para uma sala de cinema) e de uma desconfiança em relação ao interesse econômico privado dos grupos envolvidos.

Há vinte anos, a plataforma digital italiana do Laboratório para a Subsidiariedade, Labsus, tem funcionado para compartilhar, em nível nacional (na Itália), esse conjunto de experiências locais: a heterogeneidade das contribuições é, por sua vez, um sinal relevante de interesse difuso, não apenas entre os moradores, administradores e estudiosos ativos na gestão dos bens comuns (três categorias bastante diversas), mas também entre outros segmentos, diversos e às vezes dificilmente classificáveis.

O observatório nacional sobre os bens comuns, que no livro *La cura dei beni comuni tra teoria e prassi* (2024) apresenta sua primeira visão, é chamado a compreender, através de “muitas cabeças”, qual cultura do interesse geral pode ser possível em termos sociais, econômicos e ambientais, além de jurídicos. Esse desafio está longe de ser apenas teórico: a hipótese é que as alianças para a gestão dos bens comuns poderiam ser mais conscientes e duradouras se o exercício de argumentar melhor o que é de interesse geral (e o que não é) fosse mais frequente.

de interesse como destino ou finalidade da história” (em Ornaghi, cit.). Embora a penúltima definição seja certamente a que melhor se insere na lógica da gestão dos bens comuns, é evidente que todas as outras também têm relevância nas alianças entre os atores urbanos e territoriais envolvidos na administração compartilhada dos próprios bens comuns.

2 AS PACTOS DE GESTÃO DOS BENS COMUNS DEPENDEM DO INTERESSE GERAL

Os pactos de colaboração são formados e dissolvidos por diversos motivos. Um colega, professor do Politecnico di Milano e residente em Bolonha, comentou que, em sua visão, nos contextos onde a administração compartilhada dos bens comuns é amplamente praticada, o encerramento de pactos pode ser até mesmo um sinal de vitalidade: pactos vistos como “startups”, que enfrentam os terrenos mais desafiadores — justiça social, degradação ambiental, mentalidade mafiosa — e, quanto mais difíceis forem esses terrenos, menores são as chances de sobrevivência.

Pensei muitas vezes sobre essa interpretação, mas, infelizmente, os contextos locais de democracia subsidiária, tão vibrantes e dinâmicos, ainda são muito raros e, até hoje, podem ser contados nos dedos de uma mão. Por isso acredito que seja necessário fortalecer comunidades — tanto de práticas quanto científicas — que reflitam sobre o significado do interesse geral com uma perspectiva supra-local, para promover trocas e comparações entre cidades e territórios onde os processos de gestão dos bens comuns ainda não estão consolidados, mas estão em fase embrionária, nos estágios iniciais, em crise, etc.

Os pactos de colaboração geralmente terminam ou se transformam em uma coisa diversa quando o sentido do interesse geral enfraquece e, depois, desaparece. Muitas vezes, a componente de interesse geral no pacto permanece implícita e/ou ambígua, quando deveria ser uma de suas bases de sustentação.

Em alguns contextos, o diálogo sobre o que é (ou não) interesse geral acaba sendo substituído diretamente pela opinião direcionada do gestor público envolvido em cada caso concreto. Como se, no momento em que a prefeitura considera algo de interesse geral, o pacto não precisasse de uma reflexão compartilhada mais aprofundada sobre o tema.

Ao ignorar esse passo argumentativo preliminar, algumas fragilidades subjacentes acabarão vindo à tona, levando ao fim da

aliança, não porque a missão foi concluída, mas por desinteresse manifesto de um ou mais signatários, porque os envolvidos perceberam que o interesse geral era uma ilusão, ou devido ao surgimento de interesses particulares ou pessoais.

Também acontece de pactos não serem firmados porque, de forma muito autoritária e burocrática, a administração pública local rejeita propostas que não considera de interesse geral. Se vale a equação interesse geral igual a interesse público, por outro lado, por que alguém na prefeitura deveria se alongar em explicações sobre essa escolha? Por que parar para analisar e debater melhor as próprias propostas? Por que sobrecarregar sua rotina dedicando-se a ajudar aqueles que propõem uma colaboração com a prefeitura a argumentarem melhor suas razões/aspirações em termos de interesse geral?

A subsidiariedade horizontal demonstrou capacidade de romper a “gaiola de aço” weberiana descrita acima (Ciaffi e Di Maggio, 2021), que, para conforto dos mais conservadores, permanece sempre bem sólida. Esse princípio constitucional atribui aos sujeitos públicos a função, possibilidade e oportunidade de favorecer iniciativas autônomas, ou seja, ajudá-las a explicitar um interesse geral compartilhado com a prefeitura e outros sujeitos. Embora não seja ou possa ser uma obrigação, favorecer essas iniciativas certamente também não se trata de simplesmente julgá-las inadequadas, nem de colaborar apenas com aqueles considerados apropriados.⁵⁰ Dinâmicas desse tipo colocam em risco uma ideia democrática de vanguarda, que é a de uma sociedade que caminha em direção à administração compartilhada dos bens comuns (Arena, 1997), ameaçando manipulá-la e desvirtuá-la.

Além disso, como a literatura sobre o tema sempre recomendou, nada pode prejudicar mais a vitalidade de uma democracia local do que várias formas de repressão às iniciativas populares. A própria literatura participativa alerta contra o particularismo, o localismo

50 Sobre o risco de um uso elitista das retóricas participativas e colaborativas em Barcelona, ver Marra (2020).

e a síndrome “nimby” (not in my backyard), que Gregorio Arena ironicamente adaptou para “nimo” (not in my office), referindo-se àqueles funcionários públicos que são favoráveis à administração compartilhada dos bens comuns, mas não em seu próprio setor!

Os processos de cuidado dos bens comuns, assim como os conflitos em torno deles, devem ser cada vez mais analisados em uma perspectiva cognitiva e comportamental, muito mais do que tem sido feito nesta década, pois se encontram em um cruzamento singular entre ação social e ação jurídica (Cominelli, 2015). Nesse sentido, alguns autores se concentram na compreensão de processos de aprendizado institucional e buscam descrever, com base nas práticas, o novo “público colaborativo” (Manzini e D’Alena, 2024). Na perspectiva da administração compartilhada dos bens comuns, a questão se expande. Por que, em nome do interesse geral, sujeitos não públicos também cooperam com o público e entre si? Tentam formar alianças colaborativas, às vezes inéditas? Enfrentam discussões internas e decidem abrir mão de relações privilegiadas construídas ao longo do tempo? Tomam a iniciativa autônoma de se mobilizar pedindo apoio? Ou, então, desistem de imediato da ideia de colaboração ou abandonam a experiência do pacto após testá-la?

É justamente a dinamicidade da administração compartilhada e de outras práticas de cuidado dos bens comuns o fio condutor das diferentes seções deste livro. Também nesta reflexão, desejo testemunhar que, entre as mais frequentes mudanças de estado jurídico nesta década, observei transformações recorrentes que, por sua vez, ajudam a expandir o conceito de interesse geral.

Por um lado, assistimos à transformação de concessões de uso exclusivo em pactos de colaboração, abertos a qualquer um que deseje contribuir para as atividades de interesse geral do próprio pacto: do ponto de vista democrático, cada uma dessas mudanças representa, em teoria, uma pequena vitória, pois, uma experiência de cada vez, a cultura dos bens comuns se difunde. No imaginário coletivo, o tema das “más concessões” está fortemente presente, concessões essas que, por diversos motivos, impediram o uso aberto a todos de bens

e serviços, chegando a restringir o acesso de todos os habitantes a recursos comuns.

Ao mesmo tempo, há uma gama de gestores dedicados, que, ao contrário, incentivaram o uso de locais e atividades imateriais: contudo, mesmo nesses casos, uma das prerrogativas básicas do enfoque de cuidado dos bens comuns deixa de existir, uma vez que tal abordagem se baseia em alguns princípios fundamentais, entre os quais a redefinição de regras compartilhadas pela comunidade ativa no interesse geral.

O uso *não exclusivo e aberto a todos* de um pacto de colaboração está bem distante das regras de acesso e uso que um gestor tradicional estabelece e impõe aos usuários, muitas vezes clientes, quando seu interesse particular deve, antes de tudo, responder a lógicas específicas de gestão. Vale notar – incidentalmente, mas sublinhando a desproporção monumental – que, enquanto há uma literatura vasta sobre as atitudes e comportamentos dos consumidores em um universo de interesses particulares, existe apenas uma literatura econômica emergente sobre a sociedade do cuidado em uma perspectiva de interesse geral (Defalvard, 2023).

Por outro lado, existe a transformação inversa, a qual pessoalmente não condeno como uma dinâmica sempre regressiva: defendo, na verdade, que não renovar um pacto de colaboração seja, em alguns casos, a melhor decisão, especialmente se a natureza de uma experiência de pacto tiver se transformado em outra coisa, como, por exemplo, um empreendimento social que gerencia uma atividade apenas parcialmente voltada para o interesse geral ou, obviamente, se o pacto não for cumprido, no sentido de que as atividades de interesse geral recaem apenas sobre alguns dos signatários.

Se o processo de compartilhamento do sentido de interesse geral, por meio da reescrita coletiva das regras do pacto, não for realizado e constantemente reiterado pela comunidade ativa no cuidado dos bens comuns, há o risco de que as pessoas envolvidas em atividades de interesse geral se transformem em gestores tradicionais. A diferença, muitas vezes, não é clara: em várias ocasiões e em diferentes contextos,

observei que os membros do pacto se referiam a si mesmos, não apenas chamando-se de concessionários, mas também comportando-se como tais. Consequentemente, o interesse geral se obscurece parcial ou totalmente e, do ponto de vista sociológico, pelo menos duas tendências recorrentes podem ser observadas: comunidades em ação que se fortalecem ao se fecharem em “community-in” em oposição a “community-out”; e comunidades que se desgastam e redes de relações com múltiplos atores se desintegram, até desistirem do cuidado compartilhado dos bens comuns.

3 CONSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO DOS DIFERENTES SEGMENTOS ENVOLVIDOS NOS PACTOS DE COLABORAÇÃO

Desde 2014 até hoje, nove relatórios do Labsus tentaram capturar o desenvolvimento da administração compartilhada dos bens comuns na Itália. Gostaria aqui de propor uma releitura focada em quem são as populações — categoria cara à sociologia — que, nesse período, demonstraram “interesse por questões de interesse geral”. Todas as precauções mencionadas anteriormente continuam válidas, especialmente a questão de até que ponto o interesse geral pode permanecer um elemento secundário em vez de estar em destaque.

Durante o primeiro ano, emergiu fortemente o interesse pelo chamado Regulamento de Bolonha, ou seja, o dispositivo administrativo que, em nível local e dentro dos municípios, tornava possível a celebração dos pactos de colaboração, concretizando o princípio constitucional da subsidiariedade. Um primeiro dado surpreendente foi o seguinte: o grupo mais numeroso a baixar o protótipo do regulamento no site do Labsus não foi o dos administradores públicos (21%), nem o das associações (10%), mas o dos moradores (69%), associado, além disso, a um certo desequilíbrio entre downloads do sul, centro e norte da Itália (respectivamente 26%, 30% e 44%) (Labsus, 2015). A nascente cultura da administração compartilhada dos bens

comuns caracterizava-se, por assim dizer, por uma maioria expressiva de participantes cívicos, segundo esses dois indicadores significativos.

No relatório seguinte, uma tabela sucinta (e de difícil construção) constituiu a primeira tentativa de mapear o desenvolvimento da administração compartilhada dos bens comuns em escala nacional (Ciaffi e Bonasora, 2017); nela, constava o título dos primeiros pactos de colaboração firmados por 36 municípios piloto, dos 104 que haviam adotado o Regulamento até 31 de dezembro de 2016. Já naquela época, era evidente que o desafio não era apenas para os responsáveis públicos, mas também para os indispensáveis e diversos atores sociais sem os quais os pactos de colaboração simplesmente não poderiam existir. No entanto, com o benefício da retrospectiva, é evidente que havia uma miopia em nossas primeiras análises, que, deixando o foco ainda difuso nos perfis não públicos presentes nas alianças horizontais, concentravam-se nos responsáveis públicos (presentes e ativos, presentes mas silenciosos, ausentes) como os interlocutores privilegiados do processo de mudança, através de ações subsidiárias de interesse geral.

Por outro lado, foi precisamente naquela fase que adquirimos a certeza de que a administração compartilhada dos bens comuns não pode existir sem um ente administrativo que a coordene. Esse é um ponto muito importante, especialmente quando surge a dúvida de que compartilhar as responsabilidades de cuidado dos bens comuns possa promover o recuo do Estado. A verdade é exatamente o oposto: a própria arquitetura da administração compartilhada, sem o Estado, não tem base sequer para ser concebida. Quando o Estado está ausente, espera-se, ao contrário, que ele esteja presente, que faça sua parte, que favoreça a iniciativa autônoma de quem deseja contribuir. Pessoalmente, comecei naquela época a refletir sobre o direito ao cuidado dos bens comuns, entendido como a possibilidade de ativar-se autonomamente para realizar atividades de interesse geral com o apoio dos próprios administradores. Tentava compará-lo às fases da conquista do direito de voto pelas mulheres: é claro que aquele era um contexto de democracia representativa, enquanto aqui começava-se

a chamar de democracia contributiva (Barbot, 2016), mas havia uma estreita correspondência entre as cidades e territórios onde o direito podia ser exercido e onde não podia. Aquela primeira tabela falava por si: o direito ao cuidado dos bens comuns já era bastante praticado em Bolonha, e no restante da Itália só existia, na prática, para os habitantes dos municípios que não apenas adotaram o Regulamento, mas o utilizavam para firmar pactos de colaboração.

No relatório de 2016, finalmente, o levantamento dos segmentos ativos identificava, de um lado, as pessoas ativas na administração pública (com o dado impressionante de que 80% dos pactos eram assinados por dirigentes municipais) e, de outro, os “sujeitos envolvidos do lado dos cidadãos”: associações (54%), cidadãos individuais (20%), empresas (9%) e diretores escolares (4%). Agrupamos os restantes 13% sob a categoria “mais sujeitos envolvidos entre os mencionados”, e esse número permanece hoje como testemunho da consistência das primeiras alianças, híbridas a ponto de escapar a uma definição padrão, mas formalmente constituídas em nome do interesse geral na forma jurídica dos atos administrativos representados pelos pactos de colaboração.

Todavia, em termos de substância social? Esse é o dilema, resolvido com orgulho nos casos em que os pactos se fortaleceram ao longo do tempo, às vezes passando por fases de conflito, eventualmente incluindo novos atores e gerando uma mudança positiva geral na qualidade de vida e no ambiente. Nesse mesmo relatório do Labsus, a maioria dos pactos, equivalente a 44%, dizia respeito a jardins, canteiros e parques considerados bens comuns, praças e ruas representavam 9%, escolas 7%, superfícies murais 7%, edifícios e vilas 6% e espaços culturais 6%. Os restantes 21% englobavam um grupo genérico denominado “outros”, indicando novamente que as variações e interseções temáticas não eram facilmente classificáveis. Em um caso a cada cinco, os bens comuns cuidados eram variados e distintos: mais um elemento relevante ao considerar o interesse geral no contexto da administração compartilhada dos bens comuns

e seu grau de abertura para incorporar protagonistas e temas que a literatura normalmente aborda de forma separada.

Começamos assim a identificar, empiricamente, uma convergência de múltiplos atores e múltiplas temáticas em torno do interesse geral, condição *sine qua non* dos pactos de colaboração, em uma forma mais complexa em relação às acepções consolidadas do próprio interesse geral, como, por exemplo, o interesse geral segundo os governantes ao promoverem certas políticas, segundo as associações ao promoverem ações de cuidado, ou segundo as empresas ao se comprometerem com formas de responsabilidade social.

Em 2018, decidimos dar prioridade à elaboração de um glossário, movidos por uma espécie de urgência lexical para definir 34 dos termos mais usados nas teorias e práticas de administração compartilhada dos bens comuns. Em décimo sexto lugar, definimos “interesse geral”.⁵¹

51 “O art. 118, último parágrafo da Constituição, dispõe que os poderes públicos devem favorecer as iniciativas autônomas dos cidadãos para a realização de atividades de interesse geral. Mas, desde o início das atividades do Labsus, percebemos que era muito difícil explicar como os cidadãos, individualmente ou em associação, poderiam, de maneira autônoma, identificar o interesse geral (e então se mobilizar para persegui-lo), considerando que, em um sistema como o nosso, fundado na democracia representativa, cabe ao legislador identificar o interesse público. Ao longo dos anos, vimos que tal problema não existe para os cidadãos, ou melhor, não é percebido como um problema, pois, para eles, as ‘atividades de interesse geral’ mencionadas pela Constituição, que os poderes públicos devem ‘favorecer’, consistem, concretamente, no cuidado (no sentido mais amplo do termo) dos bens comuns. É como se os cidadãos tivessem compreendido, de forma mais ou menos consciente, que, embora cuidar dos bens comuns não seja a única atividade de interesse geral, certamente é uma das principais e, acima de tudo, tem a vantagem de traduzir um conceito abstrato como ‘interesse geral’ em atividades muito simples e concretas, acessíveis a todos.

Na verdade, cada pacto, ao ser assinado não apenas pelos cidadãos, mas também pela administração municipal, torna-se um ‘centro de produção do direito’, uma fonte de direito (público), assimilável, em certos aspectos, a um ato administrativo. E, assim como o ato administrativo é emitido ao final de um procedimento dividido em várias fases, da mesma forma o pacto prevê uma fase de iniciativa, uma fase instrutória, a assinatura e, finalmente, a fase de implementação. A administração pública, na fase instrutória do procedimento, ‘traduz’, por assim dizer, o interesse público abstrato identificado pela lei no interesse público concreto objeto do ato administrativo. Da mesma forma, na fase instrutória do pacto, a administração pública e os cidadãos ativos (juntos!) ‘traduzem’ o conceito abstrato de interesse geral, conforme o art. 118, último parágrafo da Constituição, no interesse geral concreto objeto do pacto” (Labsus, 2019, p. 43).

No Relatório Labsus de 2018, o universo da amostra se ampliava e as definições das populações ativas no campo da cidadania ativa se tornavam mais precisas: o grupo mais numeroso continuava sendo o das associações (34%), em queda em relação a dois anos antes, pois pela primeira vez foram distinguidas dos grupos informais (19%). A porcentagem de cidadãos individuais permanecia consistente e praticamente inalterada (19%). Decidimos dividir também a categoria “empresas” em empresas lucrativas (10%) e empresas sociais (1%), que juntas aumentaram apenas ligeiramente o dado em relação a dois anos antes. Pareceu-nos apropriado sinalizar a presença de “profissionais” e “fundações”, embora ambos ficassem abaixo de 1%. Uma margem não irrelevante, por fim, incluía tanto “mais sujeitos entre os mencionados” (9%) quanto “outros” (7%): dentro desta última estavam certamente incluídos, entre outros perfis variados, os que em 2016 havíamos indicado como “diretores escolares”.

A escola, que, evidentemente, naquela era pré-pandêmica, parecia-nos uma esfera de importância relativamente menor, acabou por se tornar uma das protagonistas do debate sobre a administração compartilhada em sinergia com os serviços públicos durante a pandemia, e ficou no centro do primeiro e, até agora, único Relatório monográfico sobre a administração compartilhada da educação e as escolas como bens comuns (Labsus, 2023).

No Relatório de 2021, pela terceira vez, tentava-se capturar as constantes e mudanças, inclusive nos próprios participantes ativos: associações em crescimento em relação a 2019 e ainda no primeiro lugar (40%), seguidas por cidadãos individuais (21%), grupos informais (13%) e escolas (7%). Nessas análises, como nas anteriores, aos valores percentuais foram adicionados números absolutos, que no caso dos cidadãos individuais não se distanciavam muito da cifra indicada — embora, por trás da assinatura de um único morador, pudesse estar a participação de conhecidos, amigos e familiares —, enquanto em outros casos era necessário multiplicá-los, quando não elevá-los ao

cubo. No mencionado Relatório sobre as escolas como bens comuns, por exemplo, à pergunta “qual é o número aproximado de pessoas envolvidas de alguma forma no pacto?”, a maioria das respostas foi “de 20 a 50” (38%), seguida por “mais de 50” (30%), “menos de 20” (28%); apenas 4% responderam “não sei”.

Também mudaram as dinâmicas na esfera empresarial, com uma queda percentual das empresas lucrativas (que caíram para 8%) e um aumento das empresas sociais (que subiram para 3,5%). E pareceu-nos adequado, apesar da pouca relevância quantitativa, distinguir nas análises novos perfis: entidades religiosas, fundações, profissionais e universidades. Vale especificar que, finalmente, esse foi um trabalho em que a quantidade de pactos analisados tinha uma consistência considerável, ultrapassando ligeiramente o milhar de casos.

O enfoque que adotamos para analisar o desenvolvimento da administração compartilhada durante a pandemia mudou para uma abordagem qualitativa, começando a nos interessar particularmente pela perspectiva biográfica de algumas pessoas ativas dentro e fora dos municípios italianos que usavam o Regulamento, inclusive para responder à emergência social e sanitária (Ciaffi e Valastro, 2021). Algumas histórias de vida também estão incluídas no Relatório de 2023 (Valastro, 2024). Mesmo nas entrevistas realizadas sobre o tema das escolas como bens comuns, surgiram elementos que, embora os números nunca possam revelar totalmente, as palavras por vezes também descrevem apenas em parte. Quando e como surge o tema do interesse geral, enfim, além do esforço de começar a se contar no terceiro setor e no associativismo informal, como cidadãos individuais, no setor social privado e lucrativo, entre atores públicos com funções técnicas e políticas? Até hoje, não encontro melhor síntese, para identificar um denominador comum entre essas galáxias de atores ativos, do que a expressão “interesse pelo desinteresse” cunhada por Pierre Bourdieu.

4 O INTERESSE PELO DESINTERESSE COMO CHAVE DO INTERESSE GERAL

Tentar abordar os conceitos primeiro de “interesse” e depois de “interesse geral” é uma empreitada da qual saio derrotada; ao menos não sozinha, mas em boa companhia de estudiosas e estudiosos que, com eruditos por séculos de história, concluem que o interesse geral é um conceito ao mesmo tempo reconfortante e escorregadio. Neste contexto, o ponto relevante é que, justamente por terem nascido, crescido e, às vezes, desaparecido em nome do interesse geral, as experiências factuais da última década se enraízam em um terreno ao mesmo tempo fértil e frágil. Primeiramente, é geralmente pouco claro que: o interesse geral não corresponde automaticamente ao interesse público.

Nem corresponde apenas ao interesse das associações e grupos informais que foram os primeiros a se mobilizar para o cuidado dos bens comuns: o fato de o princípio da subsidiariedade horizontal reconhecer a esses sujeitos o direito de se mobilizar autonomamente em ações de interesse geral — e, por isso, serem apoiados pelo Estado — não os exime do objetivo comum de buscar uma convergência tanto com os sujeitos de natureza pública que deveriam apoiá-los (na maioria dos casos, as prefeituras, mas também outros órgãos) quanto com todos aqueles que desejam ingressar na aliança feita em nome do interesse geral para contribuir com ela. O pacto de colaboração, vale lembrar, é, por sua própria natureza, sempre aberto a outras contribuições de indivíduos, grupos informais, sujeitos do Terceiro Setor, sujeitos públicos (como escolas ou unidades de saúde), além de entidades do setor privado social, do mundo sem fins lucrativos e com fins lucrativos.

O interesse geral não corresponde ao interesse dos privados. Por mais variadas que sejam as posições dentro do debate sobre os bens comuns, todas concordam com a tese de que a fé nos princípios de mercado como reguladores absolutos de cada aspecto da vida destrói o próprio conceito de “bem comum” (Chomsky e Waterstone, 2021). Não

há traço de interesse geral em lógicas neoliberais ou ultraliberais, no extrativismo desregulado, na gentrificação urbana, na “disneyficação” das cidades ou no greenwashing.

Recentemente, também começou a surgir o termo *commons-washing*, tão paradoxal quanto útil para chamar a atenção ao risco de distorção do conceito de interesse geral. Novamente, notamos que muitas vezes não se explicita o significado de forma precisa, mas se faz um uso confuso que mistura o interesse de sujeitos públicos, filantropos, pessoas de boa vontade, etc.

Questionar-se sobre o que é o interesse geral é urgente porque nunca foram (e nunca serão) suficientes apenas as definições negativas, começando pela mais frequente — “não é o interesse particular” — e continuando com aquelas listadas acima — “não é o interesse público”, “não é o interesse privado”, “não é o interesse do terceiro setor”, “não é o interesse dos grupos informais que se mobilizam”, “não é o interesse das pessoas que instigam a administração pública” e assim por diante.

Para avançar em uma definição positiva, poderíamos perguntar: por que as pessoas querem cuidar dos bens comuns? A crítica ao enfoque utilitarista do ator racional que Pierre Bourdieu e seus discípulos sustentaram radicalmente pode ser, nesse ponto, de grande ajuda.

O que para Bourdieu é inaceitável [...] é, primeiramente, a suposição de que os atores sociais estabelecem conscientemente objetivos para suas ações e se comportam de modo a alcançar a máxima eficácia com o mínimo dispêndio de energia. Bourdieu enfatizou repetidamente que as linhas de ação individuais não podem ser vistas como meros frutos de cálculo racional [...]. São escolhas tácitas e pré-reflexivas, em vez de estratégias conscientes. Ou melhor, pode-se falar em comportamento estratégico apenas na medida em que os atores, em suas práticas cotidianas, tentam se mover pelo labirinto de restrições e oportunidades, que eles

jamais dominam plenamente, em um universo no qual escolhas e decisões são dominadas pela incerteza [...]. Toda a obra de Bourdieu [...] consiste em demonstrar a insustentabilidade de uma visão que, universalizando os mecanismos de um campo particular — o econômico —, projeta os princípios da economia de mercado sobre o conjunto das práticas sociais [...]. Existem, de fato, muitas formas de interesse, ou de “libido”, como Bourdieu prefere dizer [...]. Não apenas elas gozam de relativa autonomia, mas, o que é ainda mais relevante, em muitos casos são absolutamente incomensuráveis. Bourdieu também mostra que existem campos onde prevalece o “interesse pelo desinteresse”, uma espécie de disposição desinteressada que é absolutamente intraduzível na gramática do modelo utilitarista” (Paolucci, 2002).

A expressão “interesse pelo desinteresse” parece-me particularmente adequada para descrever, em termos de administração compartilhada dos bens comuns, uma mudança histórica. Antes mesmo da falta de clareza sobre o que é o interesse geral, em nome do qual os signatários — sejam eles públicos, privados, de associações ou de grupos informais — firmam um pacto de colaboração, vigora, segundo a intuição de Bourdieu, uma atitude desinteressada, até mesmo, por assim dizer, de ordem superior.

Sobre o Estado, é fácil dizer coisas banais, pois estamos, de certa forma, imersos naquilo que nos propomos a estudar. Procurei analisar o espaço público, o mundo da função pública, como um lugar onde os valores do desinteresse são oficialmente reconhecidos e onde os agentes manifestam, em certa medida, um interesse pelo desinteresse [...] “Mas o que estou estudando?”. Uma revolução específica, ou seja, uma revolução burocrática, a transição de um regime burocrático para outro. [...] Mas qual característica possuem esses

personagens [“revolucionários”]? Eles se encontram dispersos, nos quatro cantos do espaço, mas têm em comum características surpreendentes: um notável legado burocrático [...] pertencem à “nobreza de Estado”, ou seja, possuem altos graus de nobreza burocrática. Em resumo, pode-se afirmar que, para promover uma revolução burocrática, é necessário um conhecimento aprofundado do próprio aparato burocrático (Bourdieu, 1989).

5 SETE CATEGORIAS ATIVAS NO CUIDADO DOS BENS COMUNS DIANTE DE QUESTÕES CENTRAIS E NÃO RESOLVIDAS DO INTERESSE GERAL

5.1 OS RESPONSÁVEIS PÚBLICOS: ELES REPRESENTAM O INTERESSE GERAL? INTERESSES PATRIMONIAIS, PRIVATIZAÇÕES, CONCESSÕES E OUTROS IMPASSES

Compete aos representantes da res publica o cuidado dos bens comuns no interesse geral? Sim, se passamos, por antonomásia, do sujeito ao objeto, permanecendo dentro do paradigma proprietário (Rodotà): basta considerar a frequência com que, no discurso comum, a expressão “bens públicos” é usada não apenas como sinônimo de “propriedade do Estado”, mas também como “espaços e serviços de interesse geral”. E sim, se recordarmos o art. 3, segundo parágrafo da Constituição: “É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”.

Compreender como perseguir o interesse geral na prática da gestão cotidiana dos recursos comuns, no entanto, coloca os responsáveis públicos diante de verdadeiros dilemas, pois é

justamente em nome do interesse geral que, ao longo do tempo, se consolidaram dinâmicas que colocaram em primeiro plano interesses patrimoniais, privatizações, concessões e outras formas totalmente distantes da lógica de uso compartilhado. Por quê? Justamente para perseguir o interesse geral! Um exemplo ilustrativo, que escolho entre muitos possíveis pelo seu peso em termos de sociologia espacialista (Ciaffi, Crivello e Mela, 2020), refere-se ao caso paradigmático de uma sociedade de capital que reivindica o direito de propriedade privada sobre um vale de pesca na lagoa de Veneza.

O Tribunal, embora tenha rejeitado o recurso, reconheceu a “necessidade interpretativa de ‘enxergar’ o tema dos bens públicos além de uma visão estritamente patrimonialista e proprietária, para alcançar uma perspectiva pessoal-coletivista”. Nesse sentido, o juiz considerou inadequada a classificação oferecida pelo Código Civil italiano, que define como bens públicos aqueles de titularidade do Estado e de outros entes territoriais, e como bens privados aqueles cuja propriedade pertence a sujeitos privados. Segundo o Tribunal, ao contrário, os bens deveriam ser considerados pela função que desempenham, em relação à satisfação dos interesses vinculados a eles [...] Essa interpretação parece coerente com a existência, no ordenamento jurídico italiano, dos bens privados de interesse público e dos bens públicos que realizam o interesse da coletividade justamente no momento em que perdem essa qualificação. O primeiro caso é representado, por exemplo, pelos bens realizados por um concessionário de serviços públicos com recursos financeiros privados, em razão da proteção dos interesses gerais cuja satisfação é o propósito de sua utilização. [...] O segundo caso refere-se aos bens públicos que se tornam privados após sua alienação (ou seja, privatização), gerando uma receita para o orçamento público, a ser reinvestida no interesse de todos os cidadãos (Passalacqua, 2017).

Neste trecho, encontramos algumas questões bem conhecidas não apenas por juristas, mas também pelas comunidades locais. No debate público sobre a interseção entre bens públicos, privados e comuns, surgem algumas questões com frequência crescente (e indignação social), cuja lista poderia começar da seguinte forma.

Primeiro, se evocar o interesse da coletividade para reforçar o interesse geral resulta de certa forma pleonástico, é sempre clara a diferença entre (continuar a) perseguir o interesse patrimonial público e (olhar além para) perseguir o interesse geral, que é algo mais amplo que o interesse patrimonial?

Segundo: o interesse de todos os cidadãos, entendido como uma receita para o orçamento público resultante de processos de privatização, coincide tanto com o interesse público quanto com o interesse geral?

Terceiro: à “concessão de serviços públicos com recursos financeiros privados para a proteção dos interesses gerais” não ecoam muitos episódios — a começar pelo trágico colapso da ponte Morandi em Gênova — em que o descompasso entre as questões de interesse geral, de um lado, e os interesses privados dos concessionários, de outro, é muito grande?

5.2 OS EMPREENDEDORES PRIVADOS: TRAÇOS DE INTERESSE GERAL DO EMPREENDEDORISMO SOCIAL À ECONOMIA CIVIL, ESG, RSC, E SB

A acepção que o mundo do empreendedorismo privado dá ao conceito de interesse geral é curiosamente espelhada, e igualmente ambivalente, àquela elaborada no setor público, descrita anteriormente. Em uma reflexão paradigmática como a apresentada a seguir (Miglietta, 2021), o interesse geral é o próprio objetivo da empresa: a riqueza produzida não seria um bem que beneficia apenas os acionistas, mas a sociedade como um todo, assim se afirma no artigo citado. Como o pressuposto é a redistribuição através do

sistema de impostos, questões como as várias formas de evasão, as artimanhas fiscais e os incentivos “de fachada” deveriam estar muito mais em foco do que realmente estão. O interesse geral se torna uma transferência — um tanto preocupada — de dinheiro privado para os gestores públicos, enquanto administradores dos recursos comuns, entendidos novamente, antes de tudo, como um portfólio coletivo. No panorama das posições dos atores com fins lucrativos, que varia dos grandes players globais a atores econômicos menores, essa concepção é certamente bastante difundida e bem enraizada.

Recentemente, tem-se observado uma crescente atenção aos interesses de natureza social e valorativa que afetam as empresas. Entre esses, certamente merecem menção especial às questões relativas ao Meio Ambiente, Social e Governança [ESG] e à Responsabilidade Social Corporativa [CSR], que hoje permeiam os meios de comunicação e influenciam o sentimento comum: ao ponto de sustentar que as empresas devem abandonar o objetivo de lucro para perseguir, em vez disso, finalidades ambientais e sociais. No artigo, demonstra-se quão errada e perigosa é essa posição, por ser contrária ao interesse geral.

Surge como corolário relevante a necessidade de uma intervenção reguladora adequada por parte do Estado, sem a qual o alcance dos objetivos de interesse geral pode ser realizado apenas marginalmente, com pouca eficiência e de maneira arbitrária pelo gerenciamento (Miglietta, 2021).

Alguns estudos sociológicos pioneiros — em um nicho científico dominado primeiramente pelas áreas econômico-empresariais e depois pelas jurídicas — têm se concentrado recentemente na chamada terceira via do empreendedorismo, entre o lucro e o não-lucro, em que o objetivo de crescimento ocupacional se combina com metas de desenvolvimento local e territorial, com vistas a objetivos ambientais e sociais.

As *benefit corporations* (ou sociedades de benefício, SB) são empresas que, ao exercer uma atividade econômica, além do objetivo de distribuir lucros (com fins lucrativos), perseguem uma ou mais finalidades de benefício comum (sem fins lucrativos), operando de

forma responsável, sustentável e transparente em relação a pessoas, comunidades, territórios e meio ambiente, bens e atividades culturais e sociais, entidades e associações e outros interessados. A forma de empresa *benefit* nasceu nos EUA por volta de 2010 e entrou no panorama econômico italiano com a Lei de Estabilidade de 28 de dezembro de 2015 (208 - parágrafos de 376 a 382). No contexto internacional, a Itália é a segunda nação, depois dos EUA, a definir do ponto de vista legislativo a estrutura e as características das sociedades de benefício (SB). A justificativa para essa rápida adaptação de nosso país à experiência americana reside na tradição teórica e de políticas presente no contexto italiano, relativamente ao conceito de economia civil, entendida como a produção de valor também em termos de maximização do bem total. O conceito de bem total implica uma conscientização, por parte da empresa, do impacto social de seus processos sobre todos os atores (internos e externos) a ela relacionados. Do ponto de vista das políticas empresariais na Itália, é possível identificar experiências exemplares desde o pós-Segunda Guerra Mundial, com o caso de Olivetti e outros empresários como Mattei e Fascetti, que implementaram políticas internas de apoio para seus próprios funcionários, traduzidas em serviços como: biblioteca, creche, incentivo ao aumento dos níveis de educação, vilas habitacionais. O modelo de Olivetti foi levado adiante nos anos 80 por Ferrero, que ampliou muitos dos serviços destinados aos funcionários da empresa para a comunidade local de Alba, onde a empresa tinha sua sede. Em termos de rastreabilidade, é evidente que as Sociedades de Benefício são uma realidade em expansão; no entanto, não existe uma forma de rastrear suas dinâmicas, em termos de número, de difusão territorial e, sobretudo, em relação ao seu propósito social declarado (Russo e Maretti, 2023, p. 23).

Entre as mais interessantes, certamente estão as reflexões no campo da economia civil, segundo as quais uma saída do liberalismo assistencialista passa por não manter separados os setores do welfare: corporativo, comunitário, subsidiário (Zamagni, 2011).

Quais grandes questões surgem, então, na esfera empresarial em termos de interesse geral?

A perspectiva conservadora exemplificada na primeira citação é contestada por uma vasta literatura que evidencia seus limites não apenas ambientais, sociais, institucionais e culturais, mas também, a longo prazo, paradoxalmente antieconômicos para os próprios acionistas das empresas com fins lucrativos. Em tempos de crise climática, guerras, injustiça social, etc., tal posição parece profundamente anacrônica. Mas, nas entrelinhas, não é difícil perceber a grande provocação de uma escola de pensamento robusta, que se apoia no fato de que, historicamente, pode reivindicar ter contribuído para encher os cofres públicos justamente para fornecer serviços de interesse geral. Por que, então, mudar no futuro?

Em um trecho do mesmo artigo, Miglietta descreve de forma contundente, como apenas alguém de dentro de um ecossistema familiar pode fazer, colegas gestores adeptos do greenwashing: não é esse, talvez, o calcanhar de Aquiles agora revelado, ameaça e risco de um interesse geral usado e abusado como poderosa retórica?

Na perspectiva da inovação, qual é a relação real entre as certificações e o alcance dos objetivos declarados? O caso recente da Fileni, citado por Russo e Maretta em outro trecho da mesma reflexão, é emblemático e faz eco ao colapso da ponte Morandi no que tange à saúde como um bem comum.

Se no século XX o interesse geral foi um campo de disputa entre público e privado, “além do século XX” — para usar a expressão de Revelli — o próprio setor sem fins lucrativos também avança sobre esse tema, ao ponto de originar a chamada via italiana, que se tornou uma referência para a Europa, da cooperação social, em que o diálogo frutífero entre sujeitos públicos e privados multiplicou responsabilidades e espaços de decisão, conforme os princípios de subsidiariedade vertical e horizontal, com o objetivo de promover o desenvolvimento da pessoa, sua dignidade e seu crescimento livre e autônomo (Borzaga e Ianes, 2006).

5.3 TERCEIRO SETOR: REALMENTE “TERCEIRO”?

A convicção de ocupar um papel de destaque na questão do interesse geral não pertence apenas aos atores públicos e privados, como vimos brevemente, mas certamente também, e talvez sobretudo, aos atores do terceiro setor, embora com argumentos ainda mais escassos. O tempo de amadurecimento histórico de reflexões teóricas e experiências empíricas nesse âmbito, evidentemente, foi muito menor, e sua definição residual (“terceiro”) remete, por um lado, a uma responsabilidade bastante relativa (o Estado e o mercado se ocupam do interesse geral, enquanto ao terceiro setor cabe a possibilidade de complementar suas ações como primeiro e segundo setor) e, por outro lado, ao contrário, desperta a esperança de que os fracassos dos primeiros dois setores possam, de alguma forma, ser superados por meio desses sujeitos ativos que não são “nem públicos nem privados”, cuja presença de fato amplia e modifica o campo de interação, mantendo atenção aos aspectos econômicos, mas também focando em aspectos valorativos de outra natureza.

“É de suma importância dispor de uma ferramenta que permita às organizações e seus stakeholders identificar quais atividades são de interesse geral e qual é o seu grau de conexão com ele. Trata-se de um terreno ainda inexplorado, ao qual o projeto [de San Marcellino] tentou dar uma primeira resposta” (Moro e Crisi, 2021, p. 178).

Sinto-me muito próxima dessa posição, pois, quando remete à exploração, me lembra de Heródoto e sua aventura em territórios desconhecidos. Não que as entidades do terceiro setor precisem descobrir o que são as ações de interesse geral em relação às suas próprias visões e missões, mas é evidente que apenas ao setor público é solicitado um olhar abrangente de 360 graus. As associações e organizações concentram-se na atenção a temas específicos, de

maneira distinta mas, em certos aspectos, similar às empresas, ao identificarem nichos de mercado. Pode-se, a esse ponto, argumentar que não existe apenas um terceiro setor especializado e que este setor também assume desafios que, por sua vez, possuem uma relevância de interesse geral. Certamente, mas a ideia de explorar o interesse geral, como o terceiro setor raramente faz, é bem exemplificada quando Moro e Crisi sistematizam as quatro dimensões (inclusão, coesão, defesa dos direitos e governança subsidiária) e os 23 fatores da metodologia de prestação de contas, em vez de afirmar de forma autorreferencial que a experiência de San Marcellino é de interesse geral.



Fig. 1 - A cada esfera — pública, privada e do Terceiro Setor — sua própria definição de interesse geral, representada por uma área de convergência ao centro

5.4 NÃO APENAS O SETOR PÚBLICO, O PRIVADO E O TERCEIRO SETOR: QUAIS SÃO AS RELAÇÕES ENTRE, DE UM LADO, O INTERESSE GERAL E, DE OUTRO, OS MORADORES INDIVIDUAIS E OS GRUPOS INFORMAIS?

Os dados sobre os atores sociais ativos em ações de interesse geral por meio dos pactos de colaboração exigem, no entanto, a adição de pelo menos outros quatro macro-conjuntos de atores: os dois primeiros incluem moradores individuais e grupos informais ativos dentro dos limites da legalidade. Reflete-se pouco sobre a qualidade do sistema de relações entre esses segmentos “líquidos” e as três esferas clássicas do público/privado/terceiro setor.

As organizações do Terceiro Setor foram, em resumo, um instrumento e uma expressão da iniciativa autônoma dos cidadãos para a realização de atividades de interesse geral; elas surgiram e se desenvolveram porque representam fórmulas organizacionais eficazes para cidadãos ativos. Mas, pode-se argumentar, muitos dados mostram que hoje os cidadãos ativos não encontram, ou não veem, nas organizações do Terceiro Setor o instrumento adequado para canalizar sua iniciativa com finalidades de interesse geral: isso não significa que algo se quebrou? [...] Ao longo dos anos, considerou-se natural que aqueles que se colocavam à disposição para enfrentar as necessidades de quem não tinha respostas, ou para ajudar quem não tinha voz para fazer valer seus direitos, ou se responsabilizavam por deixar às futuras gerações um mundo digno de ser habitado, o fariam sob qualquer condição... ‘eles fazem porque acreditam’, dizia-se, no sentido de que, por acreditarem, fariam todos os sacrifícios necessários para não renunciar aos seus deveres cívicos e sociais. E assim, de sacrifício em sacrifício, os cidadãos ativos e as entidades do Terceiro Setor nas quais se organizaram foram levados a sacrificar sua

competência mais preciosa: a de agregar, de contagiar outras pessoas com seu entusiasmo, de se esforçar para mobilizar a comunidade e de exigir respostas adequadas da administração pública (Silvotti, 2024).

5.5 “INSTIGADORES” ATIVOS E “INVISÍVEIS”.

Os dois segmentos que completam a galeria dos protagonistas no tema em questão são os “instigadores” e os “invisíveis”.

Os primeiros, por meio de várias formas de autodeterminação e autogestão, mobilizam-se para atividades de interesse geral, não mais (ou não apenas) com espírito anárquico ou de antagonismo radical, mas com o objetivo de instigar a administração pública e outros atores, provocando debates e passando por fases de conflito e negociação.

Quando penso na população de moradores que instigam a administração pública em nome do interesse geral, lembro-me de duas situações que conheci. A primeira: um grupo de pais que, alguns anos atrás, em Palermo, ocupou um imóvel público e começou a organizar atividades abertas para famílias, chamando a atenção para a falta de creches públicas e a escassez de escolas infantis públicas no centro histórico da cidade. A segunda: alguns artistas parisienses que, diante dos preços proibitivos dos chamados “estúdios” na capital francesa, ocuparam um imóvel pertencente à ferrovia estatal francesa; com o tempo, começaram a organizar atividades para crianças e jovens do bairro. Essas atividades de interesse geral faziam parte da negociação em curso, quando visitei a experiência, com a proprietária do imóvel e a prefeitura. Obviamente, nem sempre dinâmicas de autorganização na “cidade faça-você-mesmo entre antagonismo e cidadania” (Cellamare, 2020) nascem com o objetivo de instigar o público, como no caso de Palermo. Às vezes, essa perspectiva amadurece, como no caso de Paris. E então há “mudanças de estado” tão raras quanto no centro de um recente e acirrado debate, quase como uma transição de ocupações históricas ilegais para novos marcos de legalidade subsidiária.

Diante da repressão ao dissenso, a experiência do ‘Askatasuna bem comum’, com sua capacidade de enxergar além da estigmatização dos centros sociais como focos de ilegalidade e de reconhecer valor na auto-organização de atividades sociais e culturais e na manifestação de visões de mundo radicalmente alternativas, indica outro caminho possível que, ‘por acaso’, está em conformidade com a Constituição. É uma tentativa de captar as potencialidades de uma categoria, o ‘bem comum’, como forma de repensar o bem público como algo ‘dos cidadãos’, com a devida cautela para não reduzi-lo a um instrumento de amortização do dissenso ou a um meio pelo qual se delega intervenções sociais ao associativismo de base, como uma substituição do papel do Estado, preenchendo as lacunas criadas pelo desmantelamento do Estado de bem-estar [...] É um pequeno passo, a decisão sobre o bem comum em vez do despejo, que questiona a democracia; lembra que a essência da democracia está na participação ativa, na expressão do conflito, não na verticalização da decisão e em sua redução a um instrumento de controle e gestão do poder. Fica a questão: a experiência de Turim realmente se insere no quadro da democracia conflituosa ou é uma maneira suave de suavizar e esterilizar o dissenso em uma (oximorônica) democracia autoritária?” (Algotino, 2024, p. 38).

Esse tema é tão caro aos partidos políticos que trouxe para o debate nacional uma discussão sobre bens comuns, que por uma década ficou confinada a uma dimensão local quase escondida, com poucas e sempre muito silenciosas exceções regionais. Além do embate entre prefeitos e ministros, essa dinâmica nos interpela, sobretudo, sobre a natureza das atividades — de interesse particular ou geral — realizadas pelas comunidades de ocupantes, que, neste caso, começaram como radicais antagonistas, que por muito tempo

recusaram qualquer forma de diálogo com as instituições locais, distanciando-se das primeiras experiências de commoning em Turim.

Em relação à crescente e massiva população dos “invisíveis”, recentemente procurei argumentar três pontos que considero fundamentais, pois, obviamente, atitudes e comportamentos dependem de uma série de variáveis contextuais: (i) que até os mais vulneráveis e fragilizados, se colocados em condição de fazê-lo, têm capacidade de ação colaborativa; (ii) que os serviços públicos colaborativos têm raízes antigas, na Constituição italiana, em pesquisas já antigas e nos pactos com os cidadãos; (iii) que a proposta de um setor público que facilite o empoderamento e a iniciativa autônoma não deve ser vista como substitutiva dos serviços públicos, que consideramos padrões do século XX e que devem ser tanto assegurados e defendidos quanto hibridizados e inovados. Quando os serviços padrão se entrelaçam com os serviços híbridos e compartilhados, em um sentido subsidiário, há um valor comunitário agregado que, por assim dizer, os eleva (Ciaffi, 2024).



Figura 2 - O interesse geral como um círculo externo, onde os muitos e variados sujeitos ativos no cuidado dos bens comuns demonstram “interesse pelo desinteresse”

Observa-se, por nota, que todas essas populações também devem ser entendidas como digitais, e, nesse sentido, a “transição digital” é considerada, por sua vez, um novo interesse geral (e público): daí a necessidade de garantir a transição digital não por meio de sobreposições normativas, mas através de reformas (organizacionais) de reestruturação substancial dos aparatos e das sequências (Caia, 2023).

CONCLUSÃO

“A subsidiariedade horizontal, antes de ser um princípio – na Itália, constitucional – é uma necessidade sentida quase em toda parte” (Grasso e Rossi, 2019).

Poucos conceitos são tão (ab)usados quanto o de interesse geral: ele parece estar na base do próprio sentido ontológico do setor público, bem como da relação tradicional entre o setor privado – que contribui em nome do interesse geral – e o setor público – que redistribui. Além disso, há anos o mundo com fins lucrativos está animado por um intenso debate sobre suas próprias responsabilidades em termos de interesse geral, não apenas fiscais, mas também sociais e ambientais. As atividades de interesse geral são igualmente determinantes para a definição da própria identidade do terceiro setor italiano. Com o objetivo de representar o interesse geral, normalmente se costuma indicar a interseção das três esferas mencionadas: setor público, setor privado e terceiro setor. No entanto, essas três cores ganham muitas mais nuances graças aos milhares de pactos de colaboração assinados em nome do interesse geral ao longo de dez anos de prática de administração compartilhada dos bens comuns.

Em primeiro lugar, do ponto de vista sociológico, alguns segmentos sociais que permaneciam excluídos do trinômio público-privado-terceiro setor finalmente fazem parte dele: os moradores individuais e os grupos informais ativos nas ações de cuidado, por um lado; por outro, os “instigadores” e os “invisíveis”, respectivamente

dotados e desprovidos de ferramentas de *advocacy*, mas igualmente essenciais para completar o panorama geral dos atores que estão dentro e fora do jogo na questão do interesse geral. A expressão *interesse pelo desinteresse*, cunhada por Pierre Bourdieu, parece representar adequadamente a nova roda democrática, que coloca em movimento alguns atores tradicionais juntamente com novas energias cívicas, girando em torno do eixo do interesse geral. O ideal seria uma roda cujos raios fossem todos iguais e, fora da metáfora, é necessário que as pessoas estejam cientes do interesse geral para que, no âmbito dos pactos de colaboração, a forma corresponda à substância.

O quadro abaixo, a fim de conclusão, mostra a referência ao interesse geral dos seres humanos como um tema inserido em um universo muito mais amplo, mas completamente sub-representado, do interesse geral pelos animais e pelas plantas.



Fig. 3 - O interesse geral de grupos humanos, mas também de populações animais e seres vegetais

BIBLIOGRAFIA

ARENA, G. Introduzione all'amministrazione condivisa. *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 117/118, p. 29-65, 1997. Disponível em: https://www.labsus.org/wp-content/uploads/2015/02/STAMP-Arena_Introduzione-allAmministrazione-condivisa.pdf. Acesso em: 8 maio 2024.

ALGOSTINO, A. Modelli di democrazia nel “laboratorio Torino”: il caso “Askatasuna bene comune” e le sue insidie. *Il Ponte*, ano LXXX, n. 2, p. 32-39, mar./abr. 2024.

BORZAGA, C.; IANES, A. L'economia della solidarietà. Donzelli, 2006.

BOURDIEU, P. Sullo Stato. Corso al Collège de France. Vol. I 1989, 1990. Trad. M. Guareschi. Feltrinelli, 2013.

CAIA, G. La transizione digitale. Semplificazione amministrativa e transizione burocratica: per una pubblica amministrazione efficiente e al servizio degli individui. In: *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU*, 2023.

CELLAMARE, C. Città fai-da-te: tra antagonismo e cittadinanza. Storie di autorganizzazione. Donzelli, 2020. Disponível em: <https://books.google.it/books?hl=it&id=i0oAffAAAQBAJ&pg=PT1>. Acesso em: 8 maio 2024.

CIAFFI, D. Amministrare in modo condiviso: la prospettiva degli abitanti, a partire dagli invisibili. In: MANZINI, E.; D'ALENA, M. (org.). *Fare assieme. Una nuova generazione di servizi pubblici e collaborativi*. Egea, 2024.

CIAFFI, D.; DI MAGGIO, U. Fuga dalla gabbia d'acciaio in Europa. Opportunità e minacce per la sussidiarietà orizzontale e la cura

condivisa dei beni comuni all'italiana. *Etica Pubblica. Studi su legalità e partecipazione*, n. 2, Rubbettino, 2021.

COMINELLI, L. Cognizione del diritto: per una sociologia cognitiva dell'agire giuridico. FrancoAngeli, 2015.

CORIAT, B.; LOIZEAU, J.; ALIX, N. (org.). *Les communs de proximité. Origines, caractérisation et perspectives*. Éditions Science et Bien Commun, 2024.

CORTE CASSAZIONE CIV., SEZ. UN. 14 febbraio 2011, n. 3665. *Giustizia civile*, fasc. 12, p. 2844 ss., 2011.

DEFALVARD, H. *La société des communs. Pour une écologie politique et culturelle des territoires*. Les Éditions de l'Atelier, 2023.

EVANS, P.B.; RUESCHEMEYER, D.; SKOCPOL, T. (org.). *Bringing the State Back*. Cambridge University Press, 1985.

GRASSO, E.A.; ROSSI, P. Terzo settore e interesse generale in prospettiva comparatistica europea. *DPCff online*, n. 4, p. 2425-2437, 2019.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243, 1968.

LABSUS. Voci in comune. Disponível em: <https://www.labsus.org/wp-content/uploads/2019/03/Voci-in-comune.pdf>. Acesso em: 8 maio 2024.

MANZINI, E.; D'ALENA, M. *Fare assieme. Una nuova generazione di servizi pubblici e collaborativi*. Egea, 2024.

MIGLIETTA, A. ESG, CSR, Shareholder value: non è il momento per un reset del capitalismo. *Corporate Governance and Research & Development Studies*, n. 2, 2021. FrancoAngeli.

MORO, G.; CRISI, M. Rendicontare e valutare le attività di interesse generale del Terzo settore. L'esperienza di San Marcellino. In: BERGAMASCHI, M.; DE LUISE, D. (org.). *Operare con le persone senza dimora*. FrancoAngeli, 2021. p. 166-183.

MOSCO, G.D. Sussidiarietà orizzontale, imprese, burocrazia. *Analisi Giuridica dell'Economia. Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, n. 1, p. 275-286, 2020.

MADEDDU, M. Building beauty? Place and housing quality in the planning agenda. In: SYKES, O.; STURZAKER, J. (org.). *Planning in a Failing State. Reforming Spatial Governance in England*. Policy Press, 2023.

MARRA, G. Towards the convergence between people-based and place-based approaches in poverty reduction strategies. Lessons learned from the B-MINCOME pilot project. 2022. Tese (Doutorado em Urban Planning, Design and Policy) – Politecnico di Milano, Dipartimento di Architettura e Studi Urbani, 2022. Orientador: Prof. Costanzo Ranci.

ORNAGHI, L. Interesse. In: *L'enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1996. Disponível em: [https://www.treccani.it/enciclopedia/interesse_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/interesse_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)). Acesso em: 8 maio 2024.

PAOLUCCI, G. L'impegno della ragione sociologica contro le maschere del dominio. Qualche riflessione sul progetto científico di Pierre Bourdieu. *Quaderni di Sociologia*, n. 29, 2002.

PASSALACQUA, M. "Oltre" la concezione proprietaria dei beni comuni. Diritto, economia e interesse generale. *Amministrazione in cammino*, 27 dez. 2017. Disponível em: <https://arpi.unipi.it/retrieve/e0d1c92d-35d0-fcf8-e053-d805fe0aa794/Passalacqua%20Luiss%20pdf.pdf>. Acesso em: 8 maio 2024.

RANCI, C. *Oltre il welfare state: Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del welfare*. Il Mulino, 1999.

ROWEN, I. Chinese Tourism as Trigger and Target of Sunflower and Umbrella Movements. In: GOLD, T.; VEG, S. (org.). *Sunflowers and Umbrellas: Social Movements, Expressive Practices, and Political Culture in Taiwan and Hong Kong*. University of California Press, 2020.

RUSSO, V.; MARETTI, M. Innovazione “for benefit”. Un’analisi di sfondo dell’esperienza italiana. *The Lab’s Quarterly*, ano XXV, 2023. Disponível em: <https://ricerca.unich.it/bitstream/11564/807611/1/TL-Q-2023-Russo-V-Maretti-M.-Innovazione-for-benefit-def.pdf>. Acesso em: 8 maio 2024.

SILVOTTI, S. È in crisi il “rapporto” fra gli enti del Terzo settore e i cittadini attivi? *Labsus*, 9 abr. 2024. Disponível em: <https://www.labsus.org/2024/04/rapporto-enti-terzo-settore-e-cittadini-attivi>. Acesso em: 8 maio 2024.

ZAMAGNI, S. Dal liberalismo welfarista al welfare sussidiario: la sfida dell’economia civile. *I quaderni dell’economia civile*, AICCON, 2011. Disponível em: https://www.aiccon.it/wp-content/uploads/2017/01/1_quaderni-economia-civile.pdf. Acesso em: 8 maio 2024.

JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE HERMENÊUTICA, IMPACTOS DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Rafael Gonçalves da Silva*⁵²

*Rafael Duarte Soares Moura*⁵³

*Heitor Pagliaro*⁵⁴

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar o instituto do “Juiz das Garantias” no processo penal brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.964/19, destacando a importância de sua implementação para a proteção da imparcialidade judicial e do contraditório, em conformidade com o modelo acusatório. Metodologicamente, este estudo utiliza uma abordagem analítica e hermenêutica, examinando a relação entre a teoria da dissonância cognitiva e a separação das funções judicantes como fundamentos para a instituição do “Juiz das Garantias”. Os resultados apontam para uma tensão entre a intenção original do legislador e a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), que, ao reinterpretar dispositivos da lei mediante a técnica de “interpretação conforme a Constituição”, afetou a aplicação prática do instituto e colocou em debate os limites do ativismo judicial. Conclui-se que a autocontenção hermenêutica é fundamental para assegurar

52 Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Direitos Humanos pela UFG. Analista do TJGO. Professor de Direito da Universidade Estadual de Goiás. ORCID: 0000-0002-2457-8638. Contato: rafael.silva@ueg.br.

53 Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás, Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), professor da Universidade Estadual de Montes Claros. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1104-491X>. Contato: rafael.moura@unimontes.br.

54 Professor de Direito da UFG, onde é coordenador do mestrado e doutorado em Direitos Humanos. Doutor em Direito pela UnB, mestre em Filosofia pela UFG e bacharel em Direito pela UFG. Líder do grupo do CNPq Fundamentos Teóricos dos Direitos Humanos. Advogado no Brasil (OAB-GO 32571) e em Portugal (OA 67768L). Vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB-GO. ORCID: 0000-0001-6431-930X. Contato: heitor@heitorpagliaro.com.

um sistema processual penal que preserve as garantias constitucionais e respeite a separação dos poderes, contribuindo para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Juiz das Garantias; Processo Penal; Dissonância Cognitiva; Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to analyze the “Judge of Guarantees” in Brazilian criminal procedure, introduced by Law No. 13.964/19, emphasizing its role in safeguarding judicial impartiality and adversarial principles in line with the accusatory model. Methodologically, this study adopts an analytical and hermeneutic approach, examining the relationship between cognitive dissonance theory and the separation of judicial functions as fundamental grounds for the institution of the “Judge of Guarantees.” The findings reveal a tension between the legislature’s original intent and the Supreme Federal Court’s (STF) actions, which, by reinterpreting legal provisions through the technique of “interpretation in accordance with the Constitution,” impacted the institute’s practical application and raised questions on the limits of judicial activism. It is concluded that hermeneutic self-restraint is essential to ensure a criminal procedural system that upholds constitutional guarantees and respects the separation of powers, contributing to the consolidation of a Democratic Rule of Law.

Keywords: Judge of Guarantees; Criminal Procedure; Cognitive Dissonance; Judicial Activism; Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 13.964/2019, denominada “pacote anticrime”, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de transformações substanciais no âmbito do direito penal e processual penal, notadamente o “juiz das garantias”, cujo delineamento normativo almeja assegurar a equidistância e imparcialidade judicial desde a fase investigativa do processo penal.

Sob um viés constitucional e procedimental, esse instituto visa mitigar a contaminação cognitiva do magistrado, resguardando-o de influências inconscientes provenientes do contato direto com os elementos informativos construídos na investigação preliminar, como previsto nos artigos 3º-B e 3º-C do Código de Processo Penal. Todavia, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de suspender dispositivos centrais da legislação, fundamentada na interpretação conforme a Constituição, gerou intensas controvérsias ao ser apontada como uma forma de “legislação positiva”, que, além de reinterpretar o papel judicial, esvazia a eficácia da norma. Esse contexto evidenciou tensões entre o ativismo judicial e o respeito à separação dos poderes, colocando em xeque o papel do STF enquanto guardião da Constituição e sua função de autocontenção frente a prerrogativas legislativas.

Assim, instaura-se o problema de pesquisa: quais são os impactos hermenêuticos e estruturais da decisão do STF sobre o “juiz das garantias” na configuração do processo penal acusatório e nas garantias constitucionais de imparcialidade? Este questionamento leva em conta o potencial de dissonância entre a interpretação do STF e a finalidade original da legislação, que visa estruturar um processo penal democrático alinhado ao sistema acusatório, promovendo um distanciamento necessário entre as funções de investigar, acusar e julgar. Diante do cenário de judicialização excessiva, busca-se investigar se a decisão interpretativa do STF excede o limite hermenêutico que resguarda a autonomia legislativa e fere a estrutura democrática de freios e contrapesos.

Ao considerar sistemas jurídicos internacionais que adotam o modelo acusatório, observa-se a prática consolidada de manter o juiz de julgamento afastado das fases investigativas, protegendo-o das influências dos elementos de prova colhidos na etapa inicial. Em países como Estados Unidos e diversos Estados europeus, essa divisão de funções judiciais visa reduzir o risco de influências cognitivas e afetivas sobre o magistrado, garantindo um julgamento mais neutro e imparcial. Assim, o “Juiz das Garantias” no Brasil se revela uma medida necessária e inovadora para ajustar o sistema penal

brasileiro aos altos padrões de imparcialidade exigidos nos sistemas democráticos, promovendo um processo penal em que o magistrado se baseie exclusivamente nas provas judicializadas e confrontadas no contraditório.

Este estudo se justifica pelo caráter inédito e urgente do tema, pois explora as consequências práticas e teóricas da interpretação judicial que reinterpretou o instituto do “juiz das garantias”, questionando os limites da hermenêutica constitucional no sistema de controle de constitucionalidade concentrado brasileiro. A necessidade de averiguar a constitucionalidade do “juiz das garantias” transcende a esfera teórica e alcança uma dimensão política, dado que a decisão do STF se reflete diretamente nas práticas judiciais e impacta a confiança pública nas instituições democráticas. Além disso, o exame da decisão à luz da teoria da dissonância cognitiva, formulada por Leon Festinger, permite uma análise crítica sobre os potenciais vieses cognitivos que podem influenciar o magistrado, colocando em evidência os desafios estruturais e funcionais que o modelo do “juiz das garantias” enfrenta para sua implementação plena e eficaz.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar criticamente os efeitos da decisão do STF sobre o “juiz das garantias”, abordando sua implicação na efetividade do sistema acusatório brasileiro e na manutenção de um processo penal justo e imparcial. Especificamente, busca-se: (i) investigar os fundamentos científicos e teóricos que sustentam a necessidade do “juiz das garantias” como elemento de segurança jurídica e imparcialidade; (ii) examinar a utilização da técnica de “interpretação conforme a constituição” como instrumento de contenção ou expansão hermenêutica no exercício do controle de constitucionalidade; e (iii) avaliar o impacto da dissonância cognitiva e do viés de confirmação na atuação do magistrado que participa da fase de instrução e julgamento, verificando se há uma ruptura da expectativa de imparcialidade quando ele é exposto a informações preliminares não contraditórias.

Para responder a essas questões, adota-se uma metodologia qualitativa de caráter exploratório e analítico, ancorada em uma

análise documental rigorosa das decisões do STF, e fundamentada em revisão bibliográfica que contempla as principais teorias contemporâneas de hermenêutica constitucional, controle de constitucionalidade e psicologia cognitiva aplicada ao direito. Esta abordagem permite construir uma leitura crítica sobre a interação entre os princípios constitucionais de separação dos poderes, a teoria da dissonância cognitiva e o sistema acusatório, oferecendo uma interpretação inovadora e complexa sobre os limites interpretativos e as consequências da decisão judicial.

A estrutura do artigo se organiza em quatro seções principais: na primeira, apresenta-se um panorama histórico e teórico do sistema acusatório e do papel do “juiz das garantias” na América Latina e no Brasil, destacando suas raízes em um contexto de combate ao legado inquisitorial. Em seguida, analisa-se a aplicação da teoria da dissonância cognitiva, que sustenta a premissa do “juiz das garantias” ao sugerir que o contato prévio com informações investigativas tende a gerar um comprometimento mental e emocional no magistrado, interferindo na imparcialidade. Na terceira seção, realiza-se um estudo crítico da decisão do STF, explorando a técnica de interpretação conforme e suas limitações, avaliando se a Corte respeitou a autonomia legislativa ou avançou para o campo de uma hermenêutica expansiva. Por fim, nas considerações finais, sintetizam-se os principais pontos discutidos, destacando-se as implicações da decisão para o sistema processual penal brasileiro e propondo diretrizes que possam assegurar a implementação eficaz do “juiz das garantias” sem comprometer a independência e o equilíbrio institucional entre os poderes.

1. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NA AMÉRICA LATINA: CONTEXTUALIZAÇÃO E IMPACTO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Os sistemas processuais penais latino-americanos foram profundamente marcados pela transferência de um modelo punitivo

européu, caracterizado pelo controle absoluto e centralizado do aparato judicial sobre o processo de investigação e julgamento. Esse modelo, amplamente conhecido como sistema inquisitorial, foi imposto pelos colonizadores ibéricos e fundado em premissas autoritárias, nas quais a fusão entre as funções de julgar e acusar retirava dos acusados qualquer possibilidade de uma defesa plena e equânime (Maier; Ambos; Woischnik, 2000). O sistema inquisitivo caracteriza-se pela ausência de uma clara divisão funcional: o mesmo agente estatal encarregado de investigar e promover a ação penal assume também o papel de julgar, resultando numa quebra substancial do princípio da imparcialidade, considerada a pedra angular de um processo penal justo e democrático. Segundo Lima (2020), essa estrutura confusa e monolítica conferia ao juiz uma dupla função, na qual se integravam a promoção da acusação e a produção de provas, impedindo a manifestação autônoma do contraditório e da ampla defesa. Esse modelo consolidou-se durante séculos, permitindo que os países latino-americanos permanecessem presos a um paradigma de justiça que, em sua essência, estava orientado para a subjugação e manutenção de uma ordem social desigual.

O sistema acusatório, em contraponto, busca promover uma rígida distinção entre as funções de investigação, acusação e julgamento, assegurando que cada um dos atores do processo penal assumam papéis específicos, sem interferência direta nas atribuições alheias. Esta estrutura objetiva a criação de um ambiente processual equilibrado, onde o juiz atue como uma autoridade inerte, recebedora e avaliadora das provas produzidas pelas partes, e não como um interventor ativo, capaz de influenciar o resultado final com base em convicções formadas durante a fase investigativa (Busato, 2010). No Brasil, esse modelo foi expressamente adotado pela Constituição Federal e, mais recentemente, consolidado pelo Código de Processo Penal com a introdução do artigo 3º-A pela Lei nº 13.964/19, o qual formaliza a divisão das funções processuais e reforça a premissa de que o magistrado deve permanecer isento de qualquer vínculo pré-estabelecido com a fase de coleta de provas. Essa isenção é essencial

para que o juiz mantenha sua neutralidade, resguardando-se de influências que possam desvirtuar seu julgamento e comprometendo, assim, a legitimidade da jurisdição penal.

A implementação do sistema acusatório nos países latino-americanos, incluindo o Brasil, foi fortemente inspirada pelas transformações filosóficas e políticas que marcaram a Europa e a América do Norte no final do século XVIII e início do século XIX, notadamente a Revolução Francesa e a independência das treze colônias britânicas. Ambos os eventos, fundamentados em ideais iluministas de liberdade e igualdade, culminaram na instituição de Estados democráticos e constitucionais, assentados em princípios que visavam a superação das práticas autoritárias e inquisitoriais dos antigos regimes. Estes valores influenciaram diretamente os movimentos de independência na América Latina, conferindo aos novos Estados soberanos o desejo de implementar sistemas de justiça que respeitassem os direitos individuais e promovessem o devido processo legal (Maier; Ambos; Woischnik, 2000). Entretanto, apesar de os textos constitucionais das nações latino-americanas incluírem garantias fundamentais, como a presunção de inocência, o direito ao silêncio e a proibição de penas cruéis, as práticas processuais continuaram impregnadas por vestígios do sistema inquisitorial, retardando o desenvolvimento de um modelo penal acusatório efetivo e abrangente (Maya, 2018).

Mesmo após a estabilização da independência dos países latino-americanos, o legado do sistema inquisitivo permaneceu profundamente arraigado, uma vez que as estruturas políticas e sociais locais continuavam permeadas pelos valores autoritários impostos durante o período colonial. De acordo com Maya (2018), foi apenas no século XIX que os movimentos acadêmicos e legislativos, em especial nas universidades da América Latina, iniciaram esforços sistemáticos para reformar os códigos penais e processuais penais, inspirando-se nas legislações modernas de países ocidentais. Um dos marcos dessa reforma foi o Código de Processo Penal da Província de Córdoba, na Argentina, que, com sua adoção do sistema acusatório,

serviu de modelo para diversos outros países da região. Este código não apenas propôs a separação formal entre o juiz da investigação e o juiz do julgamento, mas também incluiu salvaguardas para assegurar que o magistrado da fase de julgamento não fosse contaminado pelas informações coletadas durante a investigação preliminar. Essa distinção buscava criar um processo penal verdadeiramente equitativo, pautado na imparcialidade e na justiça (Maier; Ambos; Woischnik, 2000).

Andrade (2019) observa que a necessidade de uma separação entre as fases de investigação e julgamento é essencialmente respaldada pela teoria da dissonância cognitiva, que destaca o risco de comprometimento psicológico do magistrado ao ser exposto a elementos de informação obtidos sem a garantia do contraditório. A dissonância cognitiva, segundo Festinger (1975), provoca uma tensão interna no indivíduo ao ser confrontado com informações que desafiam suas crenças ou decisões prévias, gerando uma tendência a confirmar suas convicções iniciais e a resistir à revisão de percepções formadas anteriormente. Essa teoria aplica-se ao contexto judicial, uma vez que o contato do juiz com informações da fase investigativa, colhidas sem ampla defesa, pode criar um viés de confirmação, inclinando o magistrado a julgar com base em percepções preconcebidas e a reduzir sua imparcialidade. A criação do “juiz das garantias” é, portanto, uma resposta direta a essa questão, ao buscar preservar a integridade cognitiva do juiz do julgamento e assegurar que suas decisões se baseiem exclusivamente nas provas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

A instituição do “juiz das garantias” no Brasil, como preconizado pela Lei nº 13.964/19, representa uma tentativa concreta de modernização do sistema processual penal brasileiro, aproximando-o dos princípios acusatórios e resgatando a imparcialidade como princípio fundamental da jurisdição penal democrática. Inspirada em modelos estrangeiros que já haviam incorporado a figura do juiz das garantias, como Colômbia, Chile e Argentina, a legislação brasileira objetiva dissociar o magistrado da fase investigativa daquele responsável pelo

juízo, criando, assim, uma estrutura que previne a formação de julgamentos parciais e assegura um processo justo e equilibrado (Maya, 2018). Esse movimento é parte de um esforço mais amplo de harmonização dos sistemas processuais latino-americanos com as exigências do Estado democrático de direito, cuja base é a preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Lopes Jr. e Ritter (2020) destacam que a figura do “juiz das garantias” é essencial para assegurar que a convicção do juiz de julgamento seja formada com base exclusivamente nos elementos probatórios apresentados sem a interferência das informações construídas na investigação.

A implementação do sistema acusatório e a introdução do “juiz das garantias” constituem, portanto, um avanço significativo para a construção de uma jurisdição penal que respeita os valores democráticos e os princípios de imparcialidade e equidade. No entanto, a efetivação plena deste modelo enfrenta desafios complexos no contexto brasileiro, especialmente no que diz respeito à resistência de setores que ainda se apegam a uma visão punitivista e centralizadora do processo penal. Neste sentido, a próxima seção examina de forma detalhada os fundamentos científicos que justificam a necessidade do “juiz das garantias” e suas implicações para a concretização de um sistema processual que garanta, de fato, um julgamento isento e equânime, abordando em especial a contribuição das teorias psicológicas e sociais para a compreensão dos vieses judiciais e sua superação normativa.

2. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS E CIENTÍFICOS DO JUIZ DAS GARANTIAS: RUMO À IMPARCIALIDADE JUDICIAL E PROTEÇÃO COGNITIVA

A teoria da dissonância cognitiva, desenvolvida pelo psicólogo social norte-americano Leon Festinger, oferece uma base teórica robusta para a defesa da separação de funções judicantes no processo penal, um dos pilares fundamentais na formulação do instituto do

“Juiz das Garantias” no sistema jurídico brasileiro. Festinger, em sua análise seminal, identificou que o ser humano experimenta uma tensão psicológica – ou dissonância – ao confrontar informações ou crenças que entram em conflito com suas convicções previamente estabelecidas. Essa dissonância, conforme demonstrado, cria um estado de desconforto cognitivo que impele o indivíduo a adotar estratégias mentais para reestabelecer a coerência, frequentemente por meio de mecanismos de confirmação psicológica que sustentam suas crenças originais, mesmo diante de evidências contraditórias (Festinger, 1975).

O núcleo da teoria de Festinger é a ideia de que a mente humana tende a resistir a mudanças nas percepções já fixadas, desenvolvendo, para tanto, esquemas de autovalidação que justificam decisões ou juízos preexistentes. Esse fenômeno, amplamente conhecido como viés de confirmação, implica que, ao se deparar com informações dissonantes ou ambíguas, o ser humano tende a reinterpretá-las para sustentar suas concepções anteriores, ao invés de modificar suas convicções. Lopes Jr. e Ritter (2020) explicam que essa tendência natural à conservação cognitiva está intrinsecamente ligada ao efeito da primazia, pelo qual as informações iniciais ou preexistentes moldam de maneira decisiva o entendimento e a disposição do indivíduo perante novos dados. No campo do processo penal, essa teoria sugere que um magistrado exposto desde a fase investigativa a elementos incriminadores tende a formar uma predisposição cognitiva, influenciando seu julgamento mesmo quando atuando na fase de instrução e julgamento.

Para exemplificar os efeitos da dissonância cognitiva, Festinger (1975) recorreu a um estudo de caso sobre a reação da opinião pública americana à invasão do Iraque. Inicialmente, o governo dos Estados Unidos, com o suporte da grande mídia, promoveu a narrativa de que a invasão se justificava pela necessidade de neutralizar supostas armas de destruição em massa, uma retórica que consolidou um apoio massivo da população à intervenção militar. Contudo, quando ficou comprovada a inexistência dessas armas, a população americana, em sua maioria, não revisou suas opiniões favoráveis à invasão. Festinger

observou que, em vez de questionar a legitimidade da intervenção, os indivíduos buscaram racionalizações alternativas para justificar o apoio contínuo à política militarista, como a necessidade de afastar um regime tirânico ou promover a democracia naquela região (Festinger, 1975). Essa persistência em convicções formadas de antemão, mesmo após a revelação de informações contrárias, exemplifica a maneira pela qual o viés de confirmação atua para sustentar crenças iniciais, ajustando-as conforme novos argumentos que as validem, sem necessariamente revisar a concepção original.

No contexto judicial, a teoria da dissonância cognitiva de Festinger aponta para um risco substancial: ao atuar em ambas as fases do processo penal – investigação e julgamento – o magistrado pode desenvolver um comprometimento psicológico com as informações prévias, que não foram produzidas em ambiente contraditório, comprometendo a imparcialidade que se exige na fase de julgamento. O juiz que participa da fase investigativa é constantemente exposto a elementos de informação que tendem a conformar sua perspectiva sobre a culpabilidade do acusado, o que dificulta sua predisposição a avaliar as provas e argumentos de defesa de maneira imparcial quando essa pessoa passa à posição de julgador. Andrade (2019) reforça que a exposição repetida e constante do magistrado a informações incriminadoras, mesmo que não contraditadas, tem o potencial de criar um estado de convicção subjetiva que afeta sua capacidade de decisão equânime.

Portanto, a teoria da dissonância cognitiva não apenas fundamenta, mas torna quase imperativa a criação de mecanismos no sistema processual que salvaguardem a integridade cognitiva e a neutralidade do juiz durante o julgamento. A figura do “Juiz das Garantias” surge, então, como um elemento indispensável para evitar que o juiz encarregado da sentença seja influenciado por elementos produzidos unilateralmente na fase investigativa, garantindo que suas decisões sejam exclusivamente baseadas nas provas submetidas ao contraditório e ampla defesa. Lopes Jr. e Ritter (2020) argumentam que a distinção funcional entre os magistrados das fases investigativa

e de julgamento permite o desenvolvimento de um processo penal democrático, pois assegura que a convicção final do juiz seja construída sobre uma base probatória imparcial e equilibrada.

Ademais, o modelo acusatório brasileiro, conforme estruturado pela Lei nº 13.964/19, ao introduzir a figura do “Juiz das Garantias”, busca romper com o paradigma inquisitorial que historicamente moldou o processo penal em sistemas de herança ibérica. Esta ruptura se justifica precisamente pela necessidade de proteger o juiz de julgamentos preconceituosos, garantindo que sua percepção sobre os fatos em disputa seja formada apenas com base em provas judiciais, eliminando o risco de contaminação cognitiva advinda de convicções formadas em etapas processuais preliminares e unilaterais (Festinger, 1975). Tal iniciativa não é meramente procedimental, mas atinge o cerne dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, cujos desdobramentos práticos incluem a criação de um ambiente que respeita a dignidade do acusado e a sua presunção de inocência.

Dessa forma, é possível afirmar que a teoria da dissonância cognitiva de Festinger lança luz sobre a importância de se preservar a imparcialidade judicial, promovendo uma divisão de funções que evite a formação de vieses antecipados no julgamento penal. Em sistemas acusatórios avançados, como aqueles adotados em diversas democracias ocidentais, a separação das funções judiciais – uma das garantias fundamentais do processo penal – não apenas reforça a equidistância entre as partes, mas também mitiga a possibilidade de que o julgador venha a ser influenciado pelas inferências não contraditórias da fase investigativa. A Lei nº 13.964/19, ao consagrar o “Juiz das Garantias” no sistema jurídico brasileiro, dá um passo crucial em direção à modernização do processo penal, propondo uma salvaguarda contra distorções cognitivas que, historicamente, impactaram a justiça penal no país.

A teoria de Festinger, nesse sentido, não apenas fundamenta a necessidade de um “Juiz das Garantias”, mas expõe a vulnerabilidade do magistrado ao viés de confirmação. Este instituto judicial busca, portanto, não somente assegurar uma justiça mais equânime, mas

também consolidar um sistema processual que respeite a dignidade e os direitos fundamentais do indivíduo, contribuindo para a formação de um ambiente de justiça que resista a interpretações enviesadas ou contaminadas por informações prévias.

Assim, ao instituir a figura do “Juiz das Garantias”, a legislação brasileira avança na construção de um sistema de garantias processuais que visa assegurar a imparcialidade, fortalecendo o sistema acusatório em uma perspectiva que abrange tanto os fundamentos psicológicos quanto os jurídicos de um julgamento equitativo. Esse fundamento científico e psicológico do “Juiz das Garantias”, portanto, não apenas estrutura, mas reforça o caráter acusatório do sistema penal brasileiro, cuja sustentação encontra respaldo na própria teoria da dissonância cognitiva e nas evidências de que a exposição do magistrado à fase investigativa pode comprometer sua capacidade de julgamento isento.

Com essa compreensão, é possível avançar para uma análise aprofundada da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o “Juiz das Garantias”, examinando criticamente se os parâmetros hermenêuticos aplicados pela Corte preservam os fundamentos teóricos e práticos do instituto ou, pelo contrário, desvirtuam sua eficácia ao reinterpretar seus dispositivos fundamentais.

3. DISSONÂNCIA COGNITIVA E IMPARCIALIDADE JUDICIAL: A RELEVÂNCIA CIENTÍFICA PARA O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

No Brasil, a persecução penal se organiza em três fases principais: a investigação preliminar, a ação penal e, por fim, a execução da pena. Esse modelo processual é sustentado pela premissa de que cada fase desempenha uma função distinta e específica no arcabouço jurídico, sendo a fase investigativa o momento em que se produzem os elementos informativos relativos à autoria e materialidade da infração, sobretudo por meio do inquérito policial (Aranha Filho, 2023). O inquérito policial, nesse sentido, é um procedimento instrutório e

discricionário, conduzido sob a supervisão do Delegado de Polícia, cuja finalidade é estabelecer uma base mínima de informações que possa orientar o titular da ação penal – geralmente o Ministério Público – em sua decisão de denunciar ou não o investigado. No entanto, a fase investigativa opera de modo célere e sob sigilo, fatores que tornam dispensáveis o contraditório e a ampla defesa de modo formal, reservando essas garantias para a fase judicial subsequente (Lima, 2020). Essa estrutura é criticada pela doutrina por sua natureza unilateral e carente de uma defesa técnica plena, características que a tornam suscetível a influenciar negativamente o juiz que toma contato com tais informações preliminares na fase processual posterior.

O fenômeno da dissonância cognitiva é especialmente relevante no contexto do “Juiz das Garantias”. Ao ser exposto a informações parciais e unilaterais na fase investigativa, o magistrado tende a consolidar pré-julgamentos, o que afeta sua percepção durante o julgamento. Assim, a figura do “Juiz das Garantias” não apenas assegura a estrutura de um sistema de justiça imparcial, mas também protege o julgador de influências cognitivas que poderiam comprometer sua neutralidade. Esse afastamento do juiz de julgamento dos elementos informativos obtidos na fase preliminar é, portanto, um mecanismo essencial para evitar vieses e preservar a imparcialidade judicial, promovendo um processo verdadeiramente equitativo.

A distinção entre as fases de investigação e de ação penal é central para o respeito aos direitos fundamentais no processo penal democrático, sobretudo porque a etapa investigativa é limitada ao levantamento de provas e elementos probatórios, sem qualquer imposição de sanção criminal, ainda que os efeitos estigmatizantes do inquérito policial sejam inegáveis. No entanto, algumas provas e medidas, sobretudo aquelas que invadem a privacidade ou restringem a liberdade do investigado, demandam uma autorização judicial prévia, em respeito à reserva de jurisdição e aos direitos constitucionais, como o direito à intimidade (Brasil, 1988; Moraes, 2016). Essa necessidade de autorização judicial aponta para uma interação inevitável entre o juiz e os elementos de investigação, o que potencialmente compromete

sua imparcialidade caso ele se envolva em fases subsequentes do processo.

A fase de investigação preliminar, ao ser essencialmente discricionária, reflete a flexibilidade que a autoridade policial possui para conduzir diligências e decidir sobre os meios mais adequados para a obtenção de informações, sempre visando ao convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da denúncia. Contudo, ao envolver o juiz nessa fase, exigindo que ele autorize e examine pedidos judiciais relativos à investigação, surge a problemática da exposição precoce a elementos incriminatórios que não foram confrontados em um ambiente contraditório (Aranha Filho, 2023). Essa dinâmica coloca em risco a imparcialidade do magistrado, que, ao ter contato inicial com tais elementos de informação, tende a formar convicções antecipadas, mesmo que de forma inconsciente. É nesse contexto que a teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, se torna fundamental para justificar a divisão das funções judicantes no processo penal, como é defendido pelo instituto do “Juiz das Garantias”.

A teoria da dissonância cognitiva, conforme formulada por Festinger (1975), sugere que o ser humano experimenta uma resistência psicológica à revisão de ideias e convicções previamente estabelecidas, resultando na busca por estratégias cognitivas que justifiquem e reforcem suas crenças iniciais. Esse fenômeno, descrito por Lopes Jr. e Ritter (2020) como “efeito de primazia”, é especialmente crítico em contextos de decisão judicial, pois um juiz exposto a informações parciais e não contraditórias tende a internalizar percepções que, posteriormente, podem dificultar sua avaliação isenta dos fatos e das provas. Festinger (1975), em um exemplo emblemático, utilizou o caso da opinião pública americana sobre a invasão do Iraque para ilustrar como a dissonância cognitiva opera na manutenção de crenças em face de evidências contraditórias. No caso, o governo americano, apoiado pela mídia, justificou a invasão com base na suposta existência de armas de destruição em massa. Embora essa justificativa tenha se revelado infundada, a opinião pública permaneceu amplamente favorável à invasão, apoiando-se em argumentos alternativos, como

a necessidade de estabelecer uma democracia na região. Esse viés de confirmação, observado no comportamento coletivo, demonstra a tendência de racionalizar crenças originais, mesmo quando confrontadas com novos dados que as contradizem.

Transpondo essa teoria ao contexto processual penal, torna-se evidente que o juiz que autoriza diligências invasivas durante a fase investigativa pode desenvolver uma predisposição inconsciente em favor da acusação, comprometendo sua capacidade de julgar imparcialmente. Esse problema é agravado pela natureza sigilosa e não contraditória do inquérito policial, em que as informações colhidas carecem de uma defesa técnica e de um espaço dialético que possa questioná-las e refutá-las (Aranha Filho, 2023). O contato com informações não submetidas ao contraditório pode criar, no magistrado, uma convicção primária sobre a culpabilidade do investigado, o que inviabiliza, na prática, sua atuação imparcial em fases posteriores.

Nesse contexto, a figura do “Juiz das Garantias”, conforme prevista na Lei nº 13.964/19, emerge como um mecanismo institucional necessário para assegurar a imparcialidade do julgamento. Maya (2018) destaca que, ao dissociar a função do juiz de investigação daquela do juiz de julgamento, o Brasil se aproxima dos modelos processuais de países como Argentina, Chile e Colômbia, que há anos adotaram o sistema acusatório com a criação de uma divisão rigorosa de funções para prevenir vieses cognitivos nos magistrados. Esta solução, ao exigir a participação de dois juízes distintos – um para atuar na fase investigativa e outro na fase processual de julgamento –, visa impedir que o juiz do julgamento seja influenciado por convicções formadas na fase preliminar, garantindo que sua decisão seja construída sobre provas que respeitem plenamente o contraditório e a ampla defesa.

É importante salientar que o artigo 155 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) proíbe explicitamente que o magistrado fundamente sua convicção exclusivamente em elementos do inquérito policial, uma norma que reflete a preocupação do legislador em evitar a contaminação cognitiva decorrente da fase investigativa. Ao mesmo

tempo, o contato com tais informações, ainda que seja restrito, expõe o magistrado ao risco de formar uma percepção antecipada da responsabilidade penal do investigado, reforçando a necessidade de separação funcional para garantir a imparcialidade do julgamento (Lima, 2020; Aranha Filho, 2023). Essa predisposição cognitiva, que pode se cristalizar em uma convicção de culpa antes mesmo da fase de instrução, vai de encontro ao modelo de um processo penal democrático e igualitário, que pressupõe um juiz livre de influências extrajudiciais ou de percepções pré-formadas.

Portanto, a introdução do “Juiz das Garantias” visa estruturar o processo penal brasileiro dentro dos princípios acusatórios e democráticos, conforme demanda a própria Constituição Federal. Lopes Jr. e Ritter (2020) sublinham que o papel do juiz de garantias é assegurar que o julgamento se baseie exclusivamente em provas judicializadas, analisadas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, sem o peso das informações preliminares coletadas de maneira unilateral. A Lei nº 13.964/19, ao determinar a divisão de funções judicantes, busca modernizar o sistema penal brasileiro, incorporando uma perspectiva que assegure o devido processo legal e a presunção de inocência. Contudo, o dispositivo legal enfrentou resistência e foi submetido a uma avaliação de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu pela suspensão dos artigos que instituíam o “Juiz das Garantias”.

Essa decisão monocrática do STF suspendeu a eficácia da norma por mais de três anos, adiando a implementação de um modelo que poderia assegurar uma evolução no processo penal brasileiro. Assim, torna-se essencial compreender o impacto dessa suspensão na busca por uma justiça equânime e democrática. A próxima seção examina criticamente a decisão do STF, explorando a aplicação hermenêutica da técnica de “interpretação conforme a constituição” e as implicações dessa decisão para o princípio da separação de poderes e para a efetivação dos direitos processuais fundamentais.

4 . ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS

Conforme discutido em seções anteriores, a promulgação da Lei nº 13.964/19 – denominada “pacote anticrime” – introduziu significativas alterações no arcabouço jurídico brasileiro, com impactos tanto no direito penal material quanto no direito processual penal. Um dos principais objetivos dessa legislação foi estabelecer um modelo processual mais equilibrado e democrático, pautado na imparcialidade e nas garantias do contraditório e da ampla defesa. No entanto, a criação do instituto do “Juiz das Garantias”, um dos dispositivos mais inovadores e controversos do pacote anticrime, foi prontamente contestada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, motivando um exame detido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à sua compatibilidade com a Constituição Federal.

O instituto do “Juiz das Garantias” foi amplamente debatido pelos autores da ação direta de inconstitucionalidade, que argumentaram que a norma violaria o pacto federativo, ao interferir nas estruturas organizacionais e orçamentárias dos tribunais estaduais. Em sua essência, a tese da inconstitucionalidade sustentava que o “Juiz das Garantias” impõe uma reorganização judicial complexa e onerosa, demandando, em certos casos, a criação de novas varas e a realocação de recursos humanos e materiais. Essa mudança estrutural, argumentaram os subscritores da ação, comprometeria a autonomia dos estados e geraria impacto financeiro elevado, afetando a funcionalidade de um Judiciário já sobrecarregado. Tal argumento coloca o “Juiz das Garantias” em um ponto de tensão entre a inovação legislativa e a viabilidade prática de sua implementação.

No exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o STF acolheu parcialmente os argumentos apresentados, decidindo pela inconstitucionalidade de determinados dispositivos e atribuindo interpretação conforme a Constituição a outros. A técnica da “interpretação conforme a Constituição” é uma ferramenta

hermenêutica que visa compatibilizar o texto normativo com a Constituição, preservando a validade da norma sempre que possível, ao reinterpretar suas disposições de forma que elas se harmonizem com os preceitos constitucionais. Segundo Alves (2016), essa técnica é aplicável quando o texto normativo permite múltiplos sentidos e, entre eles, ao menos um seja compatível com a ordem constitucional. No entanto, essa técnica deve ser manejada com parcimônia, uma vez que, ao ampliar ou restringir o alcance de uma norma para ajustá-la à Constituição, o Tribunal corre o risco de invadir a competência legislativa e exercer um papel que extrapola os limites interpretativos.

Em um Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade deve priorizar a segurança jurídica e a previsibilidade das normas, preservando os atos legislativos sempre que possível. Para Mendes e Branco (2020), a “interpretação conforme” tem o intuito de valorizar o processo legislativo, garantindo que as normas democráticas não sejam invalidadas a menos que violem diretamente a Constituição. Essa perspectiva exige que o Tribunal Constitucional interprete as normas dentro de seu contexto semântico e teleológico, limitando-se ao papel de intérprete e evitando o exercício de uma função legiferante que possa desvirtuar a vontade expressa pelo legislador. Ronald Dworkin (2002) também enfatiza a importância de um “diálogo” interpretativo que respeite a coerência legislativa e reforce a legitimidade democrática das decisões políticas, especialmente em matérias de grande impacto social e institucional.

Contudo, no caso específico do “Juiz das Garantias”, a atuação do STF suscitou controvérsias quanto aos limites da interpretação constitucional. Em sua decisão, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do art. 3º-B, inciso XIV, do Código de Processo Penal (CPP), acrescentado pela Lei nº 13.964/19, estipulando que a competência do “Juiz das Garantias” cessaria com o “oferecimento” da denúncia. O Tribunal também conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 3º-C do CPP, excluindo a aplicação do “Juiz das Garantias” em processos de competência originária dos tribunais, casos de violência doméstica e familiar, processos do tribunal do júri

e infrações de menor potencial ofensivo. Além disso, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C, decidindo que os autos de inquérito relativos ao “Juiz das Garantias” devem ser remetidos ao juiz da instrução e julgamento (Brasil, 2023).

Essa decisão do STF, ao reinterpretar a aplicação do “Juiz das Garantias” e transferir ao juiz de julgamento o recebimento da denúncia, altera significativamente a intenção legislativa de preservação da imparcialidade judicial. A criação do “Juiz das Garantias” baseia-se na ideia de que o magistrado da fase de julgamento deve ser mantido distante de informações processuais construídas unilateralmente e não submetidas ao contraditório, como ocorre no inquérito policial. Lopes Jr. e Ritter (2020) enfatizam que o objetivo principal desse instituto é imunizar o juiz do julgamento contra a “contaminação cognitiva”, evitando que ele seja influenciado por informações investigativas que possam consolidar um viés de confirmação. Essa abordagem reflete uma preocupação crescente com os efeitos da dissonância cognitiva no processo decisório, especialmente em contextos de julgamento penal, onde a imparcialidade é um princípio fundamental.

A preservação cognitiva do juiz de julgamento implica que ele só deve ter contato com as provas após a instauração formal da ação penal, momento em que as partes têm a oportunidade de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa. O art. 3º-C do CPP, ao delimitar a atuação do “Juiz das Garantias” à fase investigativa, visa garantir que o magistrado do julgamento não seja exposto a elementos de informação que possam comprometer sua imparcialidade. Esse distanciamento permite que a convicção do juiz seja formada exclusivamente com base nas provas submetidas à análise judicial, evitando preconceitos cognitivos que possam influenciar a decisão final.

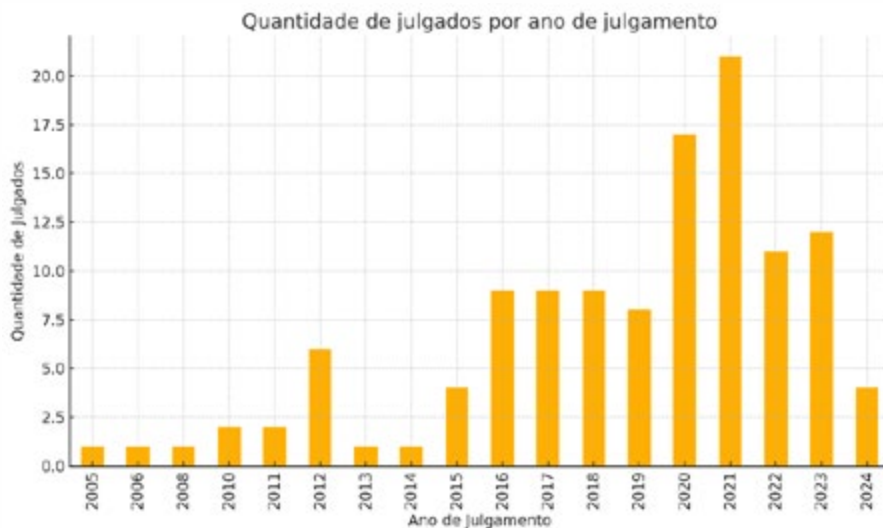
A decisão do STF, ao atribuir interpretação conforme e permitir que o juiz de julgamento examine os autos do inquérito e o oferecimento da denúncia, contraria diretamente a intenção legislativa. A ausência de polissemia no termo “recebimento da denúncia” não justifica uma interpretação que equipare essa expressão a “oferecimento”,

especialmente considerando o impacto substancial dessa mudança na prática judiciária. A decisão, ao interpretar o termo de forma expansiva, configura um ativismo judicial que extrapola os limites da interpretação constitucional e cria uma nova norma, o que caracteriza uma invasão na competência do Poder Legislativo. Mendes e Branco (2020) e Vale et al. (2020) alertam para os riscos de um Tribunal Constitucional que, ao expandir sua função interpretativa, se torna um legislador positivo, violando o princípio da separação de poderes e comprometendo a legitimidade do processo democrático.

Além de desrespeitar a divisão de poderes, a decisão do STF desvirtua a essência do “Juiz das Garantias”, ao submeter o juiz de julgamento ao conhecimento prévio de informações sigilosas e unilaterais. A preservação do juiz do julgamento frente ao inquérito policial visa justamente prevenir que ele desenvolva uma predisposição quanto à culpa do réu, em função de informações que não foram testadas no crivo do contraditório. A figura do “Juiz das Garantias” foi idealizada para assegurar a originalidade cognitiva do magistrado do julgamento, impedindo a formação de juízos antecipados que possam comprometer sua objetividade.

Para ilustrar a crescente frequência com que o STF emprega a técnica de interpretação conforme, realizamos uma busca no portal da Suprema Corte, utilizando os termos “ADI” e “interpretação conforme”, resultando em 120 decisões. Esses resultados foram exportados para o formato CSV, com o objetivo de observar a evolução quantitativa desse método hermenêutico ao longo dos anos. A Figura 1, apresentada abaixo, expõe o aumento do uso da técnica de “interpretação conforme a Constituição” nas decisões da Corte, o que sugere uma intensificação do ativismo judicial e uma maior intervenção da Corte no processo legislativo.

Figura 1: Quantidade de julgados por ano



Fonte: Imagem dos autores

A análise dos dados apresentados na Figura 1 revela um aumento notável no uso da técnica de “interpretação conforme” nas decisões do STF, refletindo uma tendência de expansão hermenêutica que pode ser interpretada de duas formas. Primeiramente, é possível que esse fenômeno indique uma deterioração no processo legislativo, resultando na produção de normas ambíguas e inconsistentes que requerem uma atuação mais intensa do Tribunal para corrigir falhas estruturais. Em segundo lugar, essa tendência pode sinalizar um movimento de ativismo judicial, no qual o STF, ao reinterpretar normas para adequá-las à Constituição, acaba por exercer uma função normativa, redefinindo o alcance e o conteúdo das leis.

A introdução do “Juiz das Garantias” visa alinhar o processo penal brasileiro aos princípios de imparcialidade e contraditório, promovendo um sistema de justiça mais equitativo e democrático. No entanto, a decisão do STF, ao reinterpretar a norma de forma que permita ao juiz de julgamento acesso aos autos do inquérito, compromete a integridade do instituto e afasta o processo penal de

seu propósito acusatório. Assim, observa-se que, embora o controle de constitucionalidade seja essencial para a manutenção dos preceitos constitucionais, sua aplicação desmedida pode gerar distorções interpretativas que desvirtuam a vontade legislativa e prejudicam a estabilidade democrática.

Diante desse cenário, a próxima seção explora as implicações do ativismo judicial no equilíbrio institucional entre os poderes, discutindo como o crescimento da intervenção hermenêutica do STF afeta a autonomia do Legislativo e compromete a consolidação de um Estado de Direito no Brasil, no qual o Tribunal Constitucional deve respeitar os limites semânticos das normas, assegurando que o controle de constitucionalidade se mantenha como um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais e da estabilidade institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A introdução do “Juiz das Garantias” no arcabouço jurídico brasileiro representa uma transformação profunda e intencional do processo penal nacional, alinhando-o aos parâmetros mais avançados de um sistema criminal democrático, fundado no modelo acusatório. Esse modelo processual, ao privilegiar a imparcialidade e a divisão clara de funções no curso da persecução penal, busca assegurar que o julgamento ocorra sob a égide do contraditório efetivo e da ampla defesa. A criação do “Juiz das Garantias” visa à proteção da imparcialidade judicial, imbuindo o juiz de julgamento de uma posição de distanciamento em relação às informações colhidas na fase investigativa, tradicionalmente permeada pela discricionariedade e pela ausência de contraditório formal. Esse instituto reflete o compromisso legislativo em resguardar a objetividade do julgamento, permitindo que o magistrado se baseie exclusivamente em provas judicializadas e rigorosamente processadas segundo os ditames constitucionais do devido processo legal.

Ao explorar os limites e os riscos do ativismo judicial, este estudo contribui de forma significativa para o debate contemporâneo sobre a separação de poderes e a função do Supremo Tribunal Federal no cenário democrático brasileiro. A análise do “Juiz das Garantias” e as interpretações do STF sobre este instituto revelam questões profundas sobre os limites da interpretação constitucional e o papel do Tribunal como guardião dos direitos constitucionais. A crítica presente neste artigo reforça a importância de uma autocontenção hermenêutica, especialmente em questões que envolvem direitos fundamentais e o equilíbrio institucional, oferecendo uma contribuição teórica relevante para os estudos de direito constitucional e processual penal.

A importância desse instituto transcende o aspecto técnico e toca no núcleo de um sistema de justiça equilibrado e protetivo dos direitos fundamentais. Sua implementação é uma tentativa robusta de harmonizar o processo penal brasileiro com os valores que orientam as democracias modernas, nas quais a figura de um juiz imparcial, alheio a preconceitos cognitivos e a influências externas, é uma garantia essencial para assegurar que o processo penal esteja voltado à proteção dos direitos do acusado e à realização da justiça. No entanto, mesmo tendo sido introduzido por meio de um processo legislativo legítimo, respaldado pela participação representativa da sociedade brasileira, a figura do “Juiz das Garantias” tornou-se alvo de contestação judicial, o que desencadeou uma resposta interpretativa por parte do Supremo Tribunal Federal (STF). A decisão da Corte, valendo-se da técnica de “interpretação conforme a Constituição”, promoveu uma leitura ampliada da norma, que não apenas desviou-se do objetivo original do legislador, mas também comprometeu a eficácia funcional do instituto. Ao adotar uma postura que sugere um legislador positivo, o STF transcendeu seu papel tradicional, criando novas interpretações que, em última análise, colidem com a estrutura constitucional de separação de poderes.

A decisão do STF, que transferiu ao juiz de julgamento a função de recebimento da denúncia e permitiu-lhe amplo acesso às informações do inquérito policial, desvirtua a finalidade essencial do

“Juiz das Garantias”. Esse acesso indiscriminado, ao permitir que o juiz de julgamento tenha contato com o conteúdo investigativo produzido de forma unilateral, compromete a “originalidade cognitiva” que o legislador buscava resguardar, favorecendo a formação de preconceitos judiciais e a cristalização de convicções prematuras. A proposta legislativa visava justamente afastar o juiz do julgamento de qualquer contato com os dados sigilosos e não contraditados da fase investigativa, permitindo-lhe formar sua percepção exclusivamente com base nas provas produzidas sob o contraditório efetivo no curso da ação penal. No entanto, ao reinterpretar a norma e, de certo modo, diluir as garantias originalmente previstas, o STF compromete a imparcialidade e independência cognitiva do magistrado, desconfigurando o ideal de um julgamento verdadeiramente equitativo.

A análise gráfica apresentada na Figura 1 demonstra o crescimento da aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, indicando que o STF, ao longo dos anos, tem recorrido a essa metodologia hermenêutica com crescente frequência. Esse aumento pode ser interpretado sob duas perspectivas: por um lado, ele sugere uma resposta à deterioração da qualidade do processo legislativo, que produz normas mal formuladas e ambíguas, demandando uma intervenção judicial mais incisiva para adequação aos preceitos constitucionais; por outro, ele sugere uma inclinação ao ativismo judicial, onde a Corte, ao reescrever e ampliar o sentido das normas, acaba por se afastar de seu papel de guardião da Constituição e se aproxima do papel de um legislador informal. Essa postura, embora justificada em alguns casos de urgência social, carrega riscos institucionais elevados, pois intensifica a intervenção judicial em matérias que deveriam ser resolvidas pelo Congresso Nacional, minando a autonomia legislativa e agravando a crise de representatividade que afeta o sistema democrático brasileiro.

A crise de representatividade política e a deterioração do processo legislativo, fenômenos observáveis na política contemporânea, são elementos que colaboram para o aumento da atuação do STF na redefinição de normas e reinterpretação de dispositivos legais. No

entanto, essa atuação deve ser realizada com prudência e moderação, pois o ativismo judicial desenfreado compromete não apenas a estabilidade institucional, mas também os preceitos republicanos fundamentais estabelecidos pela Assembleia Nacional Constituinte. Dessa forma, a autocontenção judicial surge como um princípio crucial para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, especialmente em temas que envolvem a construção de garantias processuais e a proteção dos direitos fundamentais. O caso do “Juiz das Garantias” exemplifica os perigos inerentes a uma atuação hermenêutica sem limites claros, que, ao ultrapassar os contornos da interpretação constitucional, interfere diretamente na função legiferante e compromete o desenvolvimento de reformas processuais fundamentais para o avanço da justiça penal.

Portanto, a análise desenvolvida ao longo deste trabalho destaca a necessidade de uma reflexão profunda e madura acerca dos limites da atuação interpretativa do STF e dos potenciais riscos do ativismo judicial em um sistema jurídico que se pauta pelos princípios da legalidade e da democracia representativa. A consolidação de um sistema penal brasileiro que respeite as garantias processuais e promova julgamentos imparciais depende, em grande medida, de uma interpretação constitucional responsável e comprometida com a intenção original do legislador, preservando os limites semânticos das normas e garantindo que a estrutura institucional do país continue a operar dentro dos parâmetros estabelecidos pela ordem constitucional democrática.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. Interpretação hermeneutica constitucional e infraconstitucional da prestação de readaptação do art. 47 da lei 8213/91 como aplicação analógica aos que estão no auxílio-doença por mais de 5 anos. **Revista eletrônica direito e política**, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 22, 2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a Organização de Poderes em Monstesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de o Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 868, p. 53–68, 2008.

ANDRADE, Flávio Da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s. l.], v. 5, n. 3, p. 1651, 2019.

ARANHA FILHO, José Antônio Pinheiro. Inquérito policial e processo penal: construção de um modelo probatório capaz de superar o legado inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, São Paulo, v. 14, n. 12, 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 do Distrito Federal. **Min. Luiz Fux**, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**, Brasil, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Brasil, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Seqüência (Florianópolis, Brazil)**, [s. l.], v. 31, n. 60, p. 133-161, 2010.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Editora JusPivm, 2020. v. Único, p. 1399

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. JUIZ DAS GARANTIAS: PARA ACABAR COM O FAZ-DE-CONTA-QUE-EXISTE- IGUALDADE-COGNITIVA... [s. l.], 2020.

MAEGHERMAN, Enide *et al.* Law and order effects: on cognitive dissonance and belief perseverance. **Psychiatry, psychology, and law**, [s. l.], v. ahead-of-p, n. ahead-of-print, p. 1-20, 2020.

MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Bueno Aires: Instituto Max Planck Para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000.

MAYA, André Machado. O JUIZADO DE GARANTIAS COMO FATOR DETERMINANTE À ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CRIMINAL: O CONTRIBUTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAS LATINO-AMERICANAS À REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA. **Novos Estudos Jurídicos**, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 71, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. Único

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (2016).

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. [S. l.]: Boitempo Editorial, 2017.

RONALD DWORKIN. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Angewandte Chemie International Edition, 6(11), 951–952.).

SOARES, Vlória Maria de Moura; SILVA, Marcos Faleiros da. Reflexões sobre o Juiz de Garantias: comentário à Lei 13.964/2019. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, [s. l.], v. 48, n. 2, p. 554–565, 2020.

VALE, Andre Rufino *et al.* **Forças Armadas e Democracia: A interpretação do art. 142 da Constituição de 1988**. Brasília: IDP, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.